



CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

VICTOR FELIPE FERNANDES DE LUCENA

**DEMANDAS ESTRUTURAIS DO MÍNIMO EXISTENCIAL DO DIREITO À SAÚDE
NO CONTEXTO DA JURISDIÇÃO DE CRISE, A RESERVA DO POSSÍVEL E O
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS**

FORTALEZA

2022

VICTOR FELIPE FERNANDES DE LUCENA

DEMANDAS ESTRUTURAIS DO MÍNIMO EXISTENCIAL DO DIREITO À SAÚDE
NO CONTEXTO DA JURISDIÇÃO DE CRISE, A RESERVA DO POSSÍVEL E O
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada à Coordenação
do Programa de Pós-graduação em
Processo e Direito ao Desenvolvimento da
Unichristus, como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito
Machado Segundo.

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Centro Universitário Christus - Unichristus

Gerada automaticamente pelo Sistema de Elaboração de Ficha Catalográfica do
Centro Universitário Christus - Unichristus, com dados fornecidos pelo(a) autor(a)

D278d DE LUCENA, VICTOR FELIPE FERNANDES.
DEMANDAS ESTRUTURAIS DO MÍNIMO EXISTENCIAL DO
DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DA JURISDIÇÃO DE CRISE,
A RESERVA DO POSSÍVEL E O ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAIS / VICTOR FELIPE FERNANDES DE
LUCENA. - 2022.
105 f.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus -
Unichristus, Mestrado em Direito, Fortaleza, 2022.

Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao
Desenvolvimento.

1. Direito à saúde. 2. Mínimo existencial. 3. Reserva do
Possível. 4. Demandas Estruturais. 5. Estado de coisas
inconstitucional. I. Título.

CDD 612

VICTOR FELIPE FERNANDES DE LUCENA

DEMANDAS ESTRUTURAIS DO MÍNIMO EXISTENCIAL DO DIREITO À SAÚDE
NO CONTEXTO DA JURISDIÇÃO DE CRISE, A RESERVA DO POSSÍVEL E O
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada ao curso de
Mestrado em Direito do Centro
Universitário Unichristus, como requisito
parcial para obtenção do grau de Mestre
em Direito.

Aprovada em ____ / ____ / 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) – Orientador

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) – Membro

Prof. Dr. Marcelo Sampaio Siqueira
Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) – Membro

Aos Professores da vida, sobretudo os que ensinam o poder do esforço, as vantagens do suor e a finitude deste plano terreno.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que rege minha vida e me oportuniza seguir o caminho da retidão e da bondade, estando sempre de braços abertos para me amparar nos momentos de angústia, dúvida e tristeza.

Aos meus pais, Robson e Joseládia, *in memoriam*, pelo dom da vida e pelo amor e educação que me deram nos primeiros cinco anos de vida. Tenho a convicção de que, ao lado do Senhor, estão sempre me guiando e abençoando.

Sou eternamente grato à minha avó, Leocádia, mulher guerreira e simples, que não mede esforços para que eu continue progredindo, estando sempre ao meu lado com seu amor incondicional de mãe e avó. Sem dúvidas, a senhora é o sustentáculo maior da minha vida!

Agradeço ao meu avô, José Fernandes, exemplo de coragem e perseverança, no qual busco me espelhar para ser uma pessoa melhor a cada dia.

À minha amada esposa, Juliana Hellen, pelo amor e compreensão a mim dispensados, por estar sempre ao meu lado, dando-me forças para seguir em frente.

À minha filha, Vitória Helena, pela descoberta do amor ágape, o mais puro e sublime que existe, sendo minha maior inspiração para o enfrentamento de todos os desafios diários.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Hugo de Brito Machado Segundo, pelos ensinamentos recebidos durante a construção desta pesquisa, e a todos os professores e colegas do Centro Universitário Unichristus que, direta ou indiretamente, contribuíram para que eu subisse mais este degrau em minha vida.

Agradeço ao Professor Doutor Marcelo Sampaio Siqueira, responsável pelas minhas primeiras oportunidades na advocacia, e com quem tenho a oportunidade de aprender valiosas lições não apenas jurídicas, mas valores de honestidade, ética e retidão, que sedimentam uma vida de sucesso e prosperidade.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar as demandas estruturais do direito fundamental à saúde no contexto da jurisdição de crise, considerando o direito sanitário como mínimo existencial e integrante da dignidade da pessoa humana, em face da Teoria da Reserva do Possível, alegada, não raras vezes, pelo Estado em sua tese defensiva, constituindo-se em entrave para sua efetivação. Nesta perspectiva, a busca pela realização desse direito tem ensejado inúmeras ações judiciais, a fim de compelir o Poder Público à sua prestação, inclusive, com manifestações do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema. Concluímos que cabe ao Estado, na condição de garantidor dos direitos prestacionais, efetuar certas escolhas, ainda que trágicas, em face da possível escassez dos recursos públicos, devendo, por isso, estabelecer prioridades a serem executadas, considerando os bens e interesses envolvidos na contenda, sem deixar de realizar o mínimo existencial da pessoa. Diante da possível omissão do Estado, ou de sua atuação deficitária, cabe o controle judicial das políticas públicas, visando a realização dos direitos básicos do cidadão, em sede de microssoluções. No entanto, a solução para o problema estrutural da seara sanitária não reside apenas na ação do Poder Judiciário, compelindo os demais órgãos a garantir o acesso dos cidadãos aos seus direitos, mas em uma macrossolução, em um processo estrutural, com a possível declaração do estado de coisas inconstitucional, favorecendo a realização de um diálogo institucional, uma ação conjunta e integrada de todos os poderes da República, no cumprimento de um plano estratégico comum sob permanente jurisdição, objetivando solucionar, por vez, o caos estrutural em que se encontra o serviço público de saúde no Brasil.

Palavras-chave: Direito à saúde. Mínimo existencial. Reserva do Possível. Demandas Estruturais. Jurisdição de Crise. Estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT

This work aims to analyze the structural demands of the fundamental right to health in the context of crisis jurisdiction, considering the health right as an existential minimum and an integral part of the dignity of the human person, in the face of the Theory of Reservation of the Possible, alleged, not infrequently, by the State in its defensive thesis, constituting an obstacle to its effectiveness. In this perspective, the search for the realization of this right has given rise to numerous lawsuits, in order to compel the Public Power to provide it, including manifestations of the Federal Supreme Court (STF) on the subject. We conclude that it is up to the State, as guarantor of installment rights, to make certain choices, even if tragic, in the face of the possible scarcity of public resources, and therefore, must establish priorities to be executed, considering the goods and interests involved in the dispute, without ceasing to perform the existential minimum of the person. Faced with the possible omission of the State, or its deficient performance, it is up to the judicial control of public policies, aiming at the realization of the basic rights of the citizen, in the seat of micro-solutions. However, the solution to the structural problem of the health sector does not lie only in the action of the Judiciary, compelling other bodies to guarantee citizens' access to their rights, but in a macro-solution, in a structural process, with the possible declaration of the unconstitutional state of affairs, favoring the realization of an institutional dialogue, a joint and integrated action of all the powers of the Republic, in the fulfillment of a common strategic plan under permanent jurisdiction, aiming to solve, in turn, the structural chaos in which the public health service in Brazil.

Keywords: Right to health. Existential minimum. Reservation Possible. Structural demands. Crisis Jurisdiction. Unconstitutional state of affairs.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL	11
2.1	O mínimo existencial como decorrência da dignidade da pessoa humana.....	13
2.2	O mínimo existencial e o direito fundamental social à saúde	
2.3	O mínimo existencial do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e o Supremo Tribunal Federal (STF)	21
3	TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL	29
3.1	Origem e conceito da Teoria da Reserva do Possível	30
3.2	A origem da Reserva do Possível sob a ótica da razoabilidade e sua utilização no Brasil.....	35
3.3	A efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário	40
3.4	Os custos dos direitos, as escolhas trágicas e a inafastabilidade da tutela jurisdicional.....	46
3.5	Jurisdição de crise, ativismo judicial e o exercício das capacidades institucionais	49
4	O DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO PANDÊMICO	60
4.1	Das demandas estruturais do direito à saúde e o sopesamento entre o mínimo existencial e a reserva do possível	64
4.2	A inoponibilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial da saúde.....	71
4.3	A atuação específica do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde.....	77
4.4	Do Estado de Coisas Inconstitucional do direito à saúde no contexto da pandemia da covid-19.....	82
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
	REFERÊNCIAS.....	94

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde consiste em um bem jurídico constitucionalmente tutelado nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal (CF), garantido a todas as pessoas, de forma indistinta, representando condição básica para que o indivíduo viva com um mínimo de dignidade. Para sua efetivação, são necessárias condutas positivas, por parte do Estado, uma vez que se trata de direito prestacional. No entanto, há óbices na própria estrutura do Estado que impedem a fruição plena dessa prestação, considerando-se os limites de natureza econômica e financeira, que refletem os custos desse direito e a exigibilidade dos recursos públicos, tornando necessárias as denominadas escolhas trágicas.

Neste contexto, o Poder Público, como justificativa para a limitação da eficácia dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais, como o direito à saúde, alega, em seu favor, os ditames da Teoria da Reserva do Possível, segundo os quais o Estado deve concretizar os direitos prestacionais na proporção de seus recursos materiais, tendo em vista sua insuficiência em relação ao excesso de demandas da população.

A Teoria da Reserva do Possível, quando empregada fora do contexto originário em que foi concebida na Alemanha, muitas vezes, não resiste ao cotejo com o mínimo existencial do direito à saúde no contexto brasileiro, cuja violação enseja a intervenção do Poder Judiciário, não havendo que se falar em quebra da separação dos poderes quando da atuação do Estado-Juiz, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).

Assim, o objetivo geral do presente trabalho é demonstrar a relevância das demandas estruturais e os dispositivos constitucionais que tratam do direito à saúde, na visão do STF, o qual não admite, como regra, a oponibilidade da Teoria da Reserva do Possível, em face desse direito sanitário, autorizando, com isso, a intervenção do Poder Judiciário para sanar a omissão inconstitucional do Estado, que viola a própria dignidade da pessoa humana.

Já o objetivo específico, consiste em pesquisar as decisões do STF sobre as demandas estruturais do direito à saúde que buscam compelir o Estado a cumprir, pelo menos, o mínimo existencial do indivíduo na seara sanitária, mediante diversos mecanismos que tutelam esse direito, de modo especial, solucionar o problema de forma macro, e não de forma isolada e/ou pontual, através das decisões individuais

que não resolvem o problema estrutural.

Para tanto, sugere-se a declaração do estado de coisas inconstitucional (ECI) que, apesar de ter sido utilizada inicialmente para o sistema carcerário, é plenamente aplicável ao problema estrutural que existe na seara sanitária, visto que envolve todos os poderes do Estado na busca de uma solução comum, mediante a execução de um plano estratégico.

A metodologia utilizada nesta dissertação abrange o desenvolvimento de pesquisa bibliográfica, em meio físico e/ou virtual, em livros e artigos doutrinários, com investigação histórico-jurídica e jurídico-exploratória, além da análise da legislação pertinente e das fontes jurisprudenciais sobre a matéria, notadamente as decisões do STF.

O presente trabalho, dividido em três capítulos, discorre no primeiro sobre o princípio do mínimo existencial voltado para o direito à saúde, correlacionando-o com a dignidade da pessoa humana. O segundo capítulo aborda a Teoria da Reserva do Possível, analisando sua origem e conceito no direito alemão e sua importação para o Brasil, que ocorreu sem a observância das peculiaridades de cada país, resultando na necessidade de intervenção do Poder Judiciário para concretizar direitos fundamentais já previstos na CF de 1988.

Além disso, analisamos a atuação e os limites do Poder Judiciário através do exercício de uma jurisdição de crise, o ativismo judicial, em razão de uma ação mais proativa para a efetivação dos direitos, bem como a possibilidade de flexibilidade do procedimento, com base na prática das competências institucionais dos entes e/ou órgãos envolvidos na mudança do estado de coisas. Por fim, no terceiro capítulo, analisamos as demandas estruturais do direito à saúde, destacando-se o contexto da pandemia da COVID-19, sendo sugerido, ao final, a possibilidade de declaração do ECI na seara da saúde, com a finalidade da articulação e integração de todos os órgãos estatais para a macrossolução desse problema, em um verdadeiro e permanente diálogo institucional entre os poderes constituídos.

Esta investigação não tem a pretensão de esgotar o estudo do tema proposto, mas se objetiva, contudo, verificar a necessidade de uma atuação mais firme do Poder Judiciário, e das demais instituições responsáveis pela realização e efetivação das políticas públicas, no âmbito do direito à saúde, buscando a uniformização e efetivação na prestação desse serviço essencial para uma vida minimamente digna e saudável.

Com efeito, problemas complexos, com elevado grau de conflituosidade, próprio dos litígios irradiados, exigem soluções igualmente complexas, ainda mais quando se trata de uma problemática social no âmbito do direito à saúde, que se relaciona com questões diretamente ligadas à qualidade de vida das populações.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O princípio do mínimo existencial, do ponto de vista histórico, é relativamente recente na doutrina e jurisprudência brasileiras, sendo largamente utilizado para tutelar os direitos básicos do cidadão, no atual Estado Democrático de Direito, principalmente aqueles considerados como fundamentais. Dentre os referidos direitos básicos, destaca-se o direito à saúde, objeto principal deste trabalho, que se relaciona ao mínimo existencial, cujo exercício exige uma atuação positiva e prestacional, por parte do Estado, a fim de garanti-lo e efetivá-lo, ainda que de forma coercitiva.

O mínimo existencial, malgrado não esteja positivado na CF de 1988, decorre, implicitamente, de valores maiores previstos nesta Carta, a exemplo do art. 3º, III, já que um dos objetivos da República Federativa do Brasil consiste na erradicação da pobreza e da marginalização. Outra fonte constitucional que, igualmente, inspira o mínimo básico é a dignidade da pessoa humana, consubstanciando um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, III, da CF/88.

Ademais, levando-se em consideração que o art. 5º, § 2º, do Texto Constitucional dispõe que o rol dos direitos fundamentais não é dotado de taxatividade, visto que contempla uma cláusula de abertura para abranger os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF de 1988, além dos tratados internacionais em que a União, representando a Federação, seja parte, é possível assegurar que “[...] a sua identificação abre-se para o cotejo dialógico entre a Constituição e o plano da realidade social” (AGRA, 2002, p. 229), na busca de uma ideal exemplificação, ao invés da exaustão.

Já no plano infraconstitucional, a Lei Federal nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, ao dispor sobre a assistência social, trata do mínimo existencial, em seu art. 1º, denominando-o de “mínimos sociais”, indispensáveis à garantia da dignidade do indivíduo no meio social, obrigando a prestação estatal, capaz de realizar o comando legal, nos termos a seguir aduzidos:

Art. 1º. **A assistência social**, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que **provê os mínimos sociais**, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, **para garantir o atendimento às necessidades básicas**. (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Já o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, transcrito na sequência, também se refere ao mínimo existencial, ainda que de forma implícita, englobando condições mínimas de vida que garantam aos indivíduos, entre outros, o direito à saúde:

Art. 25. **Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde**, o seu bem-estar e o de sua família, **especialmente** para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e **para os serviços sociais necessários**. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, grifo nosso).

Assim, não obstante o princípio do mínimo existencial não goze de previsão própria e específica no texto normativo da CF de 1988, deve-se buscá-lo em suas cláusulas pétreas, nos Tratados Internacionais, ratificados pelo Brasil, principalmente aqueles relacionados com os direitos humanos, nas normas infraconstitucionais, além de outras normas, com expresse amparo constitucional, como as que tratam do direito à vida, dos direitos de liberdade, dos princípios da igualdade, dos direitos sociais, com especial destaque para o direito à saúde, previsto nos arts. 6º e 196 da CF de 88, além de outras prerrogativas de que o cidadão goza, em face do Estado.

Em suma, o princípio do mínimo existencial deve ser interpretado de forma que seja efetivado em uma norma capaz de garantir as condições mínimas de existência digna do indivíduo, pois, caso contrário, todo o corpo normativo restará inócuo. Os direitos sociais, em especial, o direito à saúde, quando colocados como a parcela mínima para a existência digna que cabe a cada indivíduo, a título de patrimônio jurídico para sobreviver, não podem ficar à mercê de uma prestação futura do Estado, sob pena de flagrante omissão inconstitucional do Poder Público, tutelável pela via coercitiva do poder jurisdicional.

Quanto ao dever de atuação estatal para tutelar esse mínimo básico para a existência do indivíduo, Martins e Dimoulis (2012, p. 51), na obra “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, asseveram que:

A categoria dos direitos de *status positivus*, também chamados de direitos ‘sociais’ ou a prestações, engloba os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*.

Torres (1999, p. 144), em sua obra “Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário”, buscando uma definição para o princípio do mínimo existencial, tido como a parcela intangível, que ao Estado compete não apenas

garantir, mas assegurar que seja de gozo perene do indivíduo, arremata que consiste em “[...] um direito às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

A concepção de um mínimo de existência teve origem na Corte Constitucional Alemã, que, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, determinou um aumento expressivo do valor da ajuda social, valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes, dando início a um direito fundamental, a um mínimo vital (KRELL, 2002, p. 61).

A doutrina leciona que o mínimo existencial seria a consagração de um direito a condições básicas dos direitos sociais, para que o cidadão viva de forma digna e, ainda mais, esse direito básico deve ser garantido pelo Estado. Neste sentido, é o entendimento de Krell (2002, p. 62) que “a teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público e casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna”.

Objetivando apresentar soluções para o fato de que a sociedade tem direitos e garantias asseguradas pelo Estado, mas não tem meios para concretizá-las, é que surgiu essa teoria jurídica, ou seja, “o mínimo existencial é o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana” (TORRES, 2002, p. 45).

Sendo certo, pois, que o mínimo existencial decorre de um dos pilares fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, há que se tecer algumas considerações concernentes a essa íntima relação, o que faremos a seguir.

2.10 mínimo existencial como decorrência da dignidade da pessoa humana

Em seu artigo inaugural, assim dispõe a CF de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana. [...].

No estudo etimológico das palavras, é necessário que se compreenda o significado de cada termo, individualmente, para sua melhor compreensão e

compilação, o que se fará, no caso, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, almejando-se, com isso, a intelecção do seu sentido completo, intimamente ligado ao princípio do mínimo existencial.

Em artigo publicado na revista do curso de mestrado em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC), o professor Maluschke, abordando a dignidade como princípio ético-jurídico, analisa as raízes históricas do referido postulado, salientando o alcance do termo dignidade, que não abrangia todas as pessoas de forma indistinta, restringindo-se apenas a uma pequena parcela da sociedade, tida como privilegiada, por poder ostentar o digno adjetivo. Assim, expõe que:

Na Antiguidade romana, dignidade encontra-se, sobretudo, como atributo da própria República, do povo e do Império Romano. No interior do Estado, dignidade é um predicado de excelência e de status, reservado à nobreza e aos políticos, manifestando-se numa escala de graus, dependendo do desempenho político do indivíduo. Associam-se a este vocábulo termos da mesma natureza, tais como 'autoridade', 'majestade', 'brio', 'grandeza', 'decoro'. É óbvio que a grande maioria da população estava excluída dessas dignidades, ligadas a altos ofícios políticos. (MALUSCHKE, 2007, p. 99).

Neste contexto, evidencia-se que o termo “dignidade”, oriundo do latim *dignus* e *dignitas*, refere-se ao mérito, à nobreza, à excelência, consistindo em atributo que confere respeito, indica decoro e inspira a consequente proteção do seu titular.

Em escala evolutiva, o filósofo Immanuel Kant (1968, p. 462), relacionando a dignidade com a própria humanidade, por considerar indissociáveis esses conceitos substanciais à vida humana, afasta qualquer meio ou modo tendente à coisificação do indivíduo, valorando-o por sua própria condição de ser humano, conforme os termos a seguir transcritos:

A humanidade mesma é uma dignidade; pois o homem não pode ser utilizado unicamente como meio por nenhum homem (nem por outros nem sequer por si mesmo), mas sempre ao mesmo como fim, e nisto consiste precisamente sua dignidade (a personalidade), em virtude da qual se eleva sobre todos os demais seres do mundo que não são homens e que podem ser utilizados, por conseguinte, se eleva sobre todas as coisas. (KANT, 1968, p. 462).

Em consonância com esses argumentos filosóficos, os sistemas jurídicos, notadamente na ordem internacional, vêm reforçando e repetindo a tutela e valoração que reside no vocábulo dignidade, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, cujo art. 11, item 1, ao tratar da proteção da honra e da dignidade, afirma que **“Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra**

e ao reconhecimento de sua dignidade.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, grifo nosso).

Alexandre de Moraes (2020), objetivando conceituar a dignidade, aduz que se trata de um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve proteger, constituindo-se em exceções as eventuais limitações ao exercício dos direitos fundamentais. Assim, a respeito da dignidade, menciona que é:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade. (MORAES, 2020, p. 79).

Nesta ordem de ideias, o STF, ao tratar do tema na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, declarou, em trecho do voto proferido pelo então ministro Eros Grau, transcrito na sequência, que a dignidade não pode ser quantificada ou comercializada, tendo em vista seu valor extrapatrimonial, não cabendo tipificar o que pertenceria à dignidade da pessoa humana.

Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). (BRASIL, 2010).

No tocante à palavra pessoa, derivada do latim *persona*, em sua etimologia, não tem o sentido de pessoa como se conhece hoje. Na origem do termo, ao que tudo indica, seu antecedente mais longínquo é o grego *prosōpon*, referindo-se às máscaras que atores utilizavam em peças teatrais. O termo humano, do latim *humanus*, por sua vez, é relevante para a expressão em análise, porquanto especifica que a dignidade somente será vinculada ao ser humano, distinto dos demais seres vivos por sua capacidade de raciocínio.

Neste diapasão, importante mencionar o sentido conferido, no dispositivo constitucional, à expressão *pessoa humana*, que abrange apenas a pessoa física, pelo fato de não haver lógica em sua aplicação à pessoa jurídica, assunto já pacificado na doutrina e nos Tribunais Superiores, pois, embora alguns atributos dos direitos da personalidade, que decorrem da dignidade da pessoa humana, sejam aplicáveis, no

que couberem, às pessoas jurídicas, conforme disposição do art. 52 do Código Civil (CC) de 2002, estas não são titulares dos direitos da personalidade, exclusivos das pessoas físicas, conforme preconizado o Enunciado nº 286 da IV Jornada de Direito Civil (AGUIAR JR., 2007), que diz: “Enunciado 286 – Art. 52: Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos”.

Importante ressaltar que a simples constatação da condição humana legitima o direito da dignidade, de acordo com as palavras de Piovesan (2008, p. 147): “A condição humana é requisito único e exclusivo, reitere-se, para a titularidade de direitos. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de outro critério, senão ser humano”.

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui, como a base imprescindível das demais normas jurídicas, de modo a fundamentar todo o ordenamento jurídico pátrio, devendo as demais leis buscarem seu fundamento de validade em consonância com as diretrizes principiológicas que emanam daquele princípio-matriz, sob pena de invalidade da produção normativa.

Em relação ao direito comparado, entre todas as cartas internacionais, merece destaque a Constituição Alemã, cujo primeiro artigo dispõe que “*Die Wurde des Menschen ist unanstatbar*”, em tradução livre, significa: “A dignidade do homem é inviolável”. Cabe explicitar que a terminologia homem, neste enunciado, não se restringe a designar o representante do sexo masculino, mas a espécie humana. Neste contexto, falar da inviolabilidade da dignidade humana é dizer que se deve respeitá-la e protegê-la, obrigação que compete ao Poder Público e à sociedade como um todo.

A referida norma germânica se configura como um produto de todo um histórico transgressor dos direitos humanos, considerando-se que a dignidade da pessoa humana, no evoluir da história, foi vilipendiada de forma abrupta e violadora do próprio direito à vida, a exemplo do que ocorreu nas guerras mundiais, que dizimaram milhões de pessoas, negando, aos cidadãos, o exercício dos seus mínimos direitos, vindo as Constituições posteriores marcadas por forte teor garantista, em especial, no que concerne ao núcleo da dignidade da pessoa humana, tido pela Constituição Alemã como inviolável.

Não constitui, pois, coincidência, que a dignidade humana esteja presente no artigo inaugural da Constituição da Alemanha. A Corte Constitucional alemã

conferiu grande importância à dignidade humana, de forma a criar, fundamentando-se na tese instrumental de Kant, o imperativo categórico, a denominada fórmula-objeto, cujo conteúdo transpunha para o Direito a visão de superioridade do ser humano, em relação ao objeto (MALUSCHKE, 2007). A citada Corte, de maneira recorrente, fundamenta suas decisões no princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que discorram sobre temas variados, aplicando-o aos mais diversos ramos do Direito, notadamente ao Direito Constitucional.

No tocante ao tema, a jurisprudência pátria entende que o Estado deve garantir, ao cidadão, um mínimo de direitos essenciais a uma vida digna, entre os quais se inclui o pleno acesso a um serviço público de saúde de qualidade e acessível a todos. Nesta perspectiva, a Ministra Cármen Lúcia aludiu que:

A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um **complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado**, viabilizadoras da plena **fruição de direitos sociais básicos, tais como** o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, **o direito à saúde**, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Assim, dentre os direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana, afigura-se de extrema relevância o mínimo existencial, cuja violação implica lesão direta à própria dignidade humana, uma vez que são conceitos intrínsecos, complementares e indissociáveis, exatamente em decorrência desse conteúdo mínimo presente em ambos os princípios, basilares e fundamentais de um Estado Democrático de Direito, no que abrange especificamente a saúde que, conforme estabelecido no art. 196 da CF de 1988, constitui direito de todos e dever do Estado, cabendo ao último garanti-lo, mediante políticas sociais e econômicas, conforme analisaremos no item seguinte.

2.2O mínimo existencial e o direito fundamental social à saúde

Considerando que o mínimo existencial foi extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, Barcellos (2008) assevera que o denominado mínimo existencial é formado pelas condições materiais básicas para a existência, correspondente a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, à qual se deve

reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Neste sentido, Grinover (2010) considera o mínimo existencial como um direito às condições mínimas de existência humana digna, exigindo prestações positivas por parte do Estado.

Torres (2009, p. 35) compartilha da mesma opinião, para ele, o mínimo existencial pode ser tido como sinônimo de mínimo social ou direito constitucional mínimo, ou seja, “[...] um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações positivas”. Afirma, ainda, que 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. (TORRES, 2009, p. 36).

Estabelecido o conteúdo do mínimo existencial, passamos para a análise da caracterização da saúde como um direito fundamental, previsto na CF de 1988, a primeira a lhe conceder esse *status* na história constitucional brasileira.

A saúde consta como um dos direitos sociais reconhecidos no art. 6º, que abre o Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos Fundamentais) da Carta Constitucional. Além disso, o art. 196 define a saúde como “direito de todos e dever do Estado”. Esta definição da saúde como direito fundamental social abriu caminho para que todos os cidadãos brasileiros pudessem dele usufruir, na medida em que a saúde passa a se caracterizar como direito público subjetivo, significando que qualquer membro do corpo social poderá exigir do Estado sua prestação, visto estar incorporado ao patrimônio jurídico do indivíduo por força das disposições constitucionais referidas.

A Carta Magna busca efetivar esse direito sanitário mediante previsão e criação do Sistema Único de Saúde (SUS), em seu art. 198, que se apresenta como meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde, tendo no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, uma vez que o direito à promoção e à proteção da saúde passa a ser tratado como direito fundamental social pessoal e, também, como direito fundamental social coletivo.

Sendo a saúde direito de todos e dever do Estado, há que ser garantido de modo universal e igualitário. Desta maneira, pouco importa a condição social e

econômica do paciente para que tenha acesso ao atendimento integral ofertado pelo Estado, uma vez que se trata de direito básico assegurado na CF, repise-se, extensivo a todos.

Não é necessário, pois, que a pessoa apresente um atestado de pobreza, ou de qualquer outra forma prove que não tem condições de adquirir determinado medicamento, por exemplo, para que possa obtê-lo gratuitamente do Estado, já que constitui direito constante do mínimo existencial da pessoa humana, presente no patrimônio jurídico de todos os indivíduos, simplesmente pela sua condição de humano.

Fica o Estado, portanto, obrigado a garantir, aos seus cidadãos, o acesso a serviços e ações de saúde, que devem proporcionar, repita-se, atendimento integral (inciso II do art. 198 da CF), nele compreendido uma adequada assistência médico-hospitalar, pressupondo-se a oferta de procedimentos médicos e, igualmente, de medicamentos, pouco importando seu custo, desde que comprovadamente necessários para a preservação da vida e saúde do indivíduo.

Verifica-se que o legislador constituinte reconheceu que “[...] são de relevância pública as ações e serviços de saúde” (art. 197), reforçando, assim, a exigibilidade do direito à saúde, por parte do cidadão, atribuindo-lhe o caráter de serviço público essencial. Sendo a saúde um direito fundamental social, o Estado se reveste do papel de garantidor positivo de uma política sanitária ampla, devendo efetivá-lo, com o objetivo de cumprir sua responsabilidade constitucional. Assim, ao realizar este dever, estará fortalecendo seu papel no moderno Estado Democrático de Direito.

Os direitos sociais, tendo como característica a liberdade positiva de proteção, exigem, para a sua implementação, a adoção de políticas públicas destinadas à sua promoção, por parte do Estado, já que não há como se imaginar essa execução sem que haja equipamentos públicos dirigidos à sociedade, com igualdade de acesso para todos.

Ressaltamos que os eventuais entraves para a implementação do direito sanitário, a exemplo dos limites financeiros e/ou orçamentários dos recursos públicos para atender aos diversos riscos sociais da saúde, não o descaracteriza como direito mínimo, constituindo problema fora da natureza do próprio direito existencial, que não pode lhe ser oposto.

Do mesmo modo, argumentos como a Reserva do Possível, tese eminentemente relacionada com o direito financeiro, comumente alegada pelo Estado, com o fim de não prestar algum serviço ou direito social ao indivíduo, devem ser analisados com cautela, notadamente em face de eventual omissão inconstitucional, devendo o Poder Judiciário, quando acionado nesses casos, nortear-se pela busca da efetivação do direito perseguido, especialmente quando se tratar do núcleo do mínimo existencial, uma vez que é assegurado constitucionalmente, como o direito sanitário, melhor estudado no próximo capítulo.

Assim, o direito à saúde, também considerado como premissa básica no exercício da cidadania do ser humano, e presente no núcleo mínimo de existência do indivíduo, como já dito, constitui-se em direito de extrema relevância para a sociedade, pois a saúde é essencial para uma qualidade de vida mínima, escopo de todo cidadão no exercício dos seus direitos fundamentais, via garantidora da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, o avanço constitucional pertinente ao direito à saúde está relacionado com a proteção, igualmente constitucional, da *dignidade da pessoa humana*, associada ao mínimo existencial, que, nas palavras de Sarlet (2012, p. 442), torna-se o “[...] fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser”.

Explicamos, portanto, porquê o legislador constituinte incluiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da CF), estabelecendo, mais adiante, que “a ordem econômica [...] tem por fim assegurar a todos existência digna” (art. 170, *caput*), e que “a ordem social tem [...] como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193).

Consideramos pertinente trazer as palavras de Brega Filho (2002, p. 58), quando assinala, em relação à realização da dignidade humana, “[...] que o intérprete terá por obrigação interpretar a Constituição observando este princípio, ou seja, qualquer interpretação que não garanta a dignidade humana, haverá de ser tida como inconstitucional”.

A proteção absoluta à saúde decorre, igualmente, da importância que o constituinte atribuiu aos direitos sociais, em especial, no art. 6º da CF de 1988, inserindo-os no rol dos direitos fundamentais, que se traduzem em prestações positivas a serem ofertadas pelo Estado, possibilitando melhores condições de vida aos mais necessitados.

Destarte, é imperativo, para a concretização da dignidade da pessoa humana, associá-la ao direito fundamental à saúde, que goza do *status* de mínimo existencial, já que, se tal direito não estiver sendo realizado, a vida da pessoa certamente não estará sendo digna, em desrespeito, pois, aos objetivos constitucionais do bem-estar e da justiça social, cabendo a intervenção do Estado-juiz para assegurá-lo.

2.3O mínimo existencial do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e o Supremo Tribunal Federal

Estabelecido o direito à saúde como mínimo existencial, sendo tão importante quanto o direito à vida, deve o Poder Público efetivá-lo através de ações concretas, uma vez que não basta apenas positivizar a saúde como um direito fundamental do cidadão, cabendo, ao Estado, o dever de adotar medidas positivas e prestacionais, para que esse direito componente do mínimo existencial seja concretizado.

Para Figueiredo (2007), as mudanças do conceito, ao longo do tempo, objetivam garantir a efetivação do direito à saúde, e essa evolução permite uma compreensão mais abrangente do que seria esse direito nos dias atuais. Assim, em sua obra a respeito do direito fundamental à saúde, assevera que:

A noção de que a saúde constitui um direito humano e fundamental, passível de proteção e tutela pelo Estado, é resultado de uma longa evolução na concepção não apenas do direito, mas da própria ideia de que seja a saúde, em si mesma considerada. (FIGUEIREDO, 2007, p. 77).

Sobrinho (2003) aduz que o direito à saúde pode ser compreendido de diferentes óticas, dependendo da titularidade e da divisibilidade do bem tutelado. Com isso, para ele, não há como questionar a existência de um direito individual à saúde, enquanto um direito restrito à incolumidade ou segurança individual, porém a tendência da contemporaneidade deve se centrar na dimensão de proteção dos direitos metaindividuais da sociedade.

No âmbito do direito comparado, a primeira Carta Política a inserir a saúde como direito fundamental foi a Constituição da República Italiana, em vigor desde 1948, que reconhece, em seu art. 32, a saúde como um direito do indivíduo e de toda a coletividade, compreendendo, primordialmente, o direito à assistência sanitária em

diversos níveis (GUIMARÃES; SOBRINHO, 2013). Com abrangência mundial, o direito à saúde foi firmado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que, em seu artigo XXV, garantia, a toda pessoa, o direito a um padrão de vida que fosse capaz de assegurar a si, e à sua família, saúde e bem-estar.

No âmbito do ordenamento jurídico interno, o STF vem decidindo que a interpretação da norma programática do art. 196 da CF de 1988 não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas, pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental, ao que determina a própria Lei Fundamental, conforme já decidiu o ministro Celso de Mello, em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS.

Para a Corte Suprema, a saúde se caracteriza como sendo direito público subjetivo, representando prerrogativa jurídica indisponível de todos. Assim, cabe ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar, considerando que o direito à saúde, além de se qualificar como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

Sem embargo do que já foi exposto até aqui, vale ressaltar que a própria força normativa da constituição, por si só, já autoriza a defender que a norma constitucional que trata do direito à saúde, na sua dimensão de mínimo existencial, tem aplicabilidade imediata, plena e incondicional, e que eventual omissão ou desídia do Estado em concretizá-la, caracterizar-se-á em flagrante inconstitucionalidade. Portanto, ao se concluir que a Constituição tem força normativa própria, objetivamos afirmar que, como norma em sentido material e formal, todo o conteúdo presente em seu texto goza da mais alta hierarquia e rigidez. Noutras palavras, a eficácia a ser conferida à Carta Política deve ser equivalente à sua importância no contexto do ordenamento jurídico.

Sobre a relevância do direito à saúde, presente na CF, e sobre a responsabilidade do Poder Público pelo seu fornecimento, interpretando-o a partir dos dispositivos constitucionais correlatos, é farta a jurisprudência do STF no sentido de compelir o Estado a prestar esse direito mínimo, que não poderá ser negado mediante eventuais subterfúgios, como a alegação da Reserva do Possível ou a argumentação

da falta de regulamentação do referido direito, reduzindo-o à norma programática sem qualquer eficácia, conforme transcrição de importante julgado da lavra do Ministro Celso de Mello:

[...] A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A **INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL**: A QUESTÃO DAS “**ESCOLHAS TRÁGICAS**”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, **o Poder Público**, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a **proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”**, em decisão governamental cujo parâmetro, **fundado na dignidade da pessoa humana**, deverá ter em perspectiva a **intangibilidade do mínimo existencial**, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - **A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição** – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - **A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna**, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a **prestações positivas originárias do Estado**, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, **tais como** o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, **o direito à saúde**, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Neste diapasão, extraímos da decisão do STF que se firmou a supremacia do direito à saúde e a extensão da vinculação e obrigatoriedade dos comportamentos que se impõem às autoridades, em decorrência do valor constitucionalmente reconhecido à saúde, ainda que, para tanto, tenha que realizar as chamadas “escolhas trágicas”, aquelas escolhas alocativas, feitas pelo Poder Público, em face da escassez dos recursos públicos, já que não é possível atender a todas as demandas da sociedade.

Com efeito, verificamos que o Poder Público vem demorando demais para prestar, aos indivíduos, o atendimento sanitário desejado e reclamado pela sociedade, chegando a deixar faltar, muitas vezes, até medicamentos básicos, de eficácia comprovada. Esta demora, além de violar o mínimo existencial – e por via de consequência a dignidade da pessoa humana – vem provocando o aumento de ações

judiciais destinadas a impor seu cumprimento, seja no tocante à disponibilização de medicamentos, seja de tratamentos de saúde, como cirurgias e exames, os quais visam assegurar uma vida digna e saudável às pessoas.

Caso o direito à saúde, enquanto direito constitucional fundamental, assim entendido como aquele necessário à garantia da existência, de acordo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, estiver sendo negligenciado pelo Poder Público, caberá ao Poder Judiciário, após provocado, a inafastável tarefa de assegurar, pela via estatal coativa, que o Executivo se desincumba das prestações a ele constitucionalmente atribuídas, dentre as quais se destacam as prestações na área do direito fundamental social à saúde em benefício da população a que deve servir.

Com efeito, não há como negar que, estando positivada a regra consagrada da aplicabilidade imediata das normas que definem os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF/88), restam ampliados os poderes do Judiciário para tutelar a efetividade desses direitos básicos, com destaque para os direitos sociais, cuja natureza de direitos subjetivos confere, ao seu titular, o poder de exigir do Estado uma prestação positiva, como o é o direito à saúde, cabendo ao Estado a operabilidade efetiva desse direito.

Em face da mora do Ente Público, estará o Estado-juiz autorizado, após provocado, a assegurar, no caso concreto, seu efetivo gozo, com base também no art. 5º, inc. XXXV, da CF, que consagra o princípio da inafastabilidade do controle judiciário, mesmo que isso implique alocação de recursos públicos. Neste sentido, o STF vem decidindo que:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um **conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo**, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado — e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico —, **a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.** (BRASIL, 2004, grifo nosso).

Diante do exposto, podemos afirmar, seguindo os passos do doutrinador Streck (2002, p. 270), que:

[...] a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que (só) nega a aplicação de tais direitos.

Neste contexto, o STF possui grandes julgados tratando do direito à saúde, a exemplo do julgamento no caso de paciente com HIV que dependia de medicamentos do SUS, de modo que o Ministro Celso de Mello, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 271.286, ao julgar a demanda de cunho constitucional, assegurou que o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida, conforme se reproduz:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. **O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente.** (BRASIL, 2000, grifo nosso).

Neste âmbito, o Ministro Ayres Britto, ao julgar a Ação Cautelar nº 2.836, afirmou que a saúde é constitucionalmente qualificada como direito fundamental de dupla face (direito social e individual indisponível), motivo pelo qual, ao julgar a demanda, entendeu pela legitimidade do Ministério Público para pleitear em favor de paciente que necessitava de medicamento de alto custo, considerando se tratar de função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, conforme se reproduz:

No caso, tenho como presentes os requisitos para a concessão da medida liminar. Isso porque a saúde humana é direito fundamental de natureza social (art. 6º da CF) e constitui um dos pilares da seguridade social brasileira (art.

194 da CF). Conforme dicção do art. 196 da nossa Magna Carta, cuida-se de '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'. Ações e serviços de saúde que tanto podem ser públicos, integrados numa rede regionalizada e hierarquizada e constituindo um sistema único (art. 198 da CF), quanto de natureza privada, em caráter suplementar (art. 199 da CF). Pelo que se mostram como um *tertium genus* entre a atividade econômica (art. 170 da CF) e os serviços públicos (art. 175 da CF). Não por outro motivo é que a Constituição brasileira de 1988 designa como "de relevância pública" essas mesmas ações e serviços. Tudo a atrair a incidência do inciso II do art. 129 da Carta Magna. Dispositivo assim vernacularmente posto: 'Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; [...]'. (BRASIL, 2012).

Em outro julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que o julgador, ao ser confrontado entre proteger o direito à vida e à saúde, ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado, entende que, por razões de ordem ético-jurídica, impõem-se uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (BRASIL, 2013).

A Ministra Cármen Lúcia, ao considerar o fornecimento de fraldas descartáveis a um menor enfermo, assegurou que, neste caso, o uso das referidas fraldas possui verdadeiro fim terapêutico, e não se configura como mera comodidade, e mais, o direito à saúde de crianças e adolescentes detêm absoluta prioridade, tendo respaldo nos arts. 196 e 198 da CF de 1988, e no artigo 11, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que atribui ao Poder Público o dever de fornecer, gratuitamente, àqueles que necessitem, os medicamentos, próteses e outros recursos relativos a tratamento, habilitação ou reabilitação, consagrando, assim, o mínimo existencial do direito à saúde como direito fundamental, conforme se reproduz o voto condutor:

O direito à saúde de crianças e adolescentes detêm absoluta prioridade entre as funções inerentes ao Poder Público, posicionamento que encontra respaldo nos arts. 196 e 198, da Constituição Federal, que preconizam **ser dever do Estado e demais entes federados prover a saúde, através de políticas públicas. Tal norma goza de eficácia plena e aplicabilidade imediata, como expressamente prevê o § 1º do art. 5º, CF.** Quando se trata de assistência ao menor, o art. 227 da mesma Carta reforça tal comando, atribuindo ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à saúde, dentre outros. Igualmente, o art. 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente assegura o 'atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde'. Tal artigo, em seu § 2º, atribui **ao Poder Público o dever de fornecer gratuitamente àqueles que necessitem os medicamentos, próteses e outros recursos**

relativos a tratamento, habilitação ou reabilitação. Conforme se observa, o direito à saúde compreende garantia constitucional e infraconstitucional, reforçada quando se trata de assistência a ser prestada a menor, estando sedimentada a responsabilidade do Estado (gênero) pelo fornecimento de medicamentos, equipamentos e insumos médicos, tratamentos e exames às crianças e adolescentes que deles necessitem. Diante disso, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo atendimento integral à saúde. [...] havendo comprovação da efetiva necessidade do produto requerido, bem como da impossibilidade da família em custeá-lo, impõe-se a procedência do pedido. No caso, a necessidade do uso de fraldas descartáveis vem demonstrada pelo atestado de fl. 20, que dá conta que a infante é portadora de Retardo Mental, Retardo de Linguagem do tipo afásico, malformação congênita, doenças que causam incontinência urinária. [...] a finalidade do uso das fraldas descartáveis não está vinculada apenas à comodidade, possuindo verdadeiro fim terapêutico, pois que auxilia diretamente no tratamento e qualidade de vida do menor enfermo, advindo daí a obrigação dos entes públicos ao seu fornecimento gratuito àqueles que não possuem condições de adquiri-las. Outrossim, restou comprovada a impossibilidade da família em arcar com os custos respectivos, de modo que merece ser mantida a sentença que julgou procedente a demanda. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Assim, a CF, tida como social e dirigente, deve conduzir os rumos de uma nova prática jurídica, devendo o Direito, a partir desse marco, ser visto como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas, como a igualdade, justiça social e, principalmente, o respeito aos direitos fundamentais.

Concluímos que o mínimo existencial, implicitamente previsto na CF de 1988, mais especificamente voltado ao direito à saúde, é a parcela mínima de que cada pessoa precisa para sobreviver, e deve ser garantido pelo Estado, por meio de prestações estatais positivas, ou de forma coercitiva, através do Poder Judiciário, o que não implicará violação à separação dos poderes, como melhor analisado nos capítulos que se seguem.

Eventual demanda do direito à saúde poderá ser exigida da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, já que se trata de garantia constitucional e infraconstitucional, de modo que os entes políticos possuem a obrigação solidária de prestar o atendimento integral à saúde, de forma conjunta ou isolada.

O direito à saúde é, portanto, direito fundamental social que beneficia a todos, de forma indistinta, cuja efetividade é imprescindível para que a pessoa tenha protegido seu mínimo existencial, decorrência da dignidade da pessoa humana. Tutela-se, por seu intermédio, uma vida digna, indissociável do próprio direito à vida, podendo-se, conforme já pacificado pelo STF, acionar o Poder Judiciário para socorrer esse núcleo duro dos direitos fundamentais sociais, os quais não podem restar

inócuos, em face de eventual inércia ou omissão inconstitucional do Poder Público em efetivá-los.

3 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Neste capítulo descrevemos a Teoria da Reserva do Possível, abrangendo desde o seu conceito e origem na Alemanha, até a sua importação pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sua análise comporta um estudo das condições existentes em sua origem e, em pó, se as citadas circunstâncias são as mesmas no cenário doméstico a justificar sua utilização pelas pessoas jurídicas de direito público interno, especialmente quando demandadas a prestarem determinado direito social, com foco no direito sanitário.

Também constitui objeto de pesquisa a possibilidade de aplicação do princípio da razoabilidade em relação à Reserva do Possível no Brasil, bem como da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas sanitárias. Nesse contexto, em face de eventual omissão ou inércia do Poder Público na efetivação dos direitos fundamentais sociais, pelo Estado, poderá o interessado reclamar uma intervenção do Poder Judiciário, seja em uma lide individual ou coletiva, o que poderá resultar em possível violação à separação de poderes, conforme argumentação levantada pelo Estado que, normalmente, ocupa o polo passivo da ação judicial.

Analizamos, ainda que de forma breve, os custos dos direitos, as escolhas trágicas e a inafastabilidade da tutela jurisdicional, buscando-se equalizar, no cenário de limitações existentes, o quanto disponibilizar e a quem atender, conforme balizas da justiça distributiva citadas pelo ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175.

Por fim, considerando a atuação do Poder Judiciário na realização dos direitos fundamentais, principalmente no âmbito do neoconstitucionalismo, em que se exige uma conduta mais concretista do julgador, analisamos os limites do ativismo judicial na prática de uma jurisdição de crise, bem como o exercício das capacidades institucionais, como forma de tomada de decisões diferenciadas, objetivando a solução dialógica da problemática que se enfrenta, especialmente no âmbito do direito à saúde, face à complexidade das questões e limitações constitucionais e legais do Poder Judiciário.

3.1 Origem e conceito da Teoria da Reserva do Possível

A Teoria da Reserva do Possível surgiu com o controle de constitucionalidade na Alemanha, o *BverfGE*¹ 33, 303, *Numerus Clausus*, por volta do ano de 1972, quando o número de estudantes universitários para o curso de Medicina era alto e a quantidade de vagas nas universidades não atendia tal demanda, tornando necessária a intervenção da justiça alemã, que determinou que a admissão seria limitada pelo orçamento.

Neste Julgamento, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que, mesmo que o Estado dispusesse dos recursos, segundo a Reserva do Possível, não se poderia impor a ele uma obrigação que fugisse aos limites do razoável e do possível, já que o direito mínimo exigível já havia sido prestado. Não se poderia, portanto, exigir o comprometimento de programas vinculados à satisfação de outros interesses fundamentalmente protegidos, para o fim de tornar o acesso ao ensino superior possível a absolutamente todos os indivíduos que assim o quisessem. Caso contrário, na eventualidade de se exigir do Estado além da obrigação constitucional e legal imposta, seria colocar a liberdade individual muito acima dos objetivos comunitários, comprometendo e deturpando a própria noção de Estado Social (OLSEN, 2006).

Desta forma, o Tribunal Alemão decidiu que era possível restringir o acesso aos cursos de Medicina, pois os direitos sociais reclamados “[...] se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade” (LAZARI, 2012, p. 53-54). Acrescentou ainda que não seria possível atender a todas as demandas dos indivíduos, pois “há pleitos cuja exigência não é razoável” (MARTINS, 2005, p. 663).

Em suma, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao enfrentar a questão concernente à constitucionalidade da limitação de vagas para o ingresso de candidatos no curso de Medicina, entendeu que os direitos constitucionais individuais deveriam ser racionalmente limitados pelas possibilidades da coletividade. Neste contexto, o Tribunal Alemão assentou que, a despeito do mandamento constitucional previsto no art. 12, inciso I, da lei maior estrangeira, esse dispositivo não obriga o Estado a prover a vaga do ensino superior a cada candidato, o que demandaria investimento elevado na área de educação do ensino superior, e “[...] que o

¹ *BverfGE* é a abreviatura de *Bundesverfassungsgerichts* (Tribunal Constitucional Federal Alemão).

pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social” (MARTINS, 2005, p. 664).

No conceito originário da Teoria da Reserva do Possível, o que importa não é o orçamento do Estado, mas sim o que é razoável exigir em relação às demandas de prestações a serem cumpridas pelo Estado e o que o Poder Público efetivamente tem condições de realizar. Contudo, este princípio foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como forma de limitar a aplicação dos direitos fundamentais, inclusive objetivando controlar as políticas sociais determinadas pelo Poder Judiciário, ao argumento de que somente pode ser exigido do Estado aquilo que está dentro da previsão orçamentária.

Com isso, observamos que, no conceito original, primeiramente deve ser analisado o que realmente precisa ser garantido, considerado como mínimo existencial ou uma política pública básica, em cumprimento às normas constitucionais e legais, para que, depois, seja possível suscitar, se for o caso, a Teoria da Reserva do Possível. Nesta perspectiva, Olsen (2006, p. 222) afirma que, no âmbito do Brasil, “[...] a reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais à prestação positiva, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse ‘vontade política’, face à escassez de recursos”.

Com isso, destacamos que as teorias sobre a interpretação dos direitos sociais desenvolvidas na Alemanha não podem ser facilmente transferidas para a realidade do Brasil, sem que antes ocorram as devidas adaptações, considerando que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos em um Estado de permanente crise social ou em um contexto de exercício de jurisdição de crise, com milhões de cidadãos socialmente excluídos (KRELL, 2002).

Desta maneira, Falsarella (2012) afirma que o indivíduo não deve exigir além do que seria o mínimo existencial, esbarrando as necessidades excedentes desse núcleo básico na denominada Reserva do Possível, já que não seria lícito a pessoa exigir da sociedade, representada pelo Estado, o cumprimento de direitos que já lhe são fornecidos no seu núcleo mínimo e, se majorados, produziriam impacto negativo na prestação de outras áreas públicas.

[...] o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. [...] fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da

população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade [...]. (FALSARELLA, 2012, p. 3).

Ao estudar o caso em análise, Sarlet (2012, p. 287) aduz que a Corte Alemã entendeu que “A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, mesmo em dispondo o estado de recursos, e tendo poder de disposição”. Assim, o nascedouro da Teoria da Reserva do Possível orienta que as demandas sociais devem se manter dentro dos limites do razoável, vez que, no emblemático caso *Numerus Clausus*, o direito demandado já estava sendo efetivamente prestado.

Neste caso, há a necessidade de se analisar os pleitos que estejam além do limite do razoável, em face do preenchimento de um núcleo básico da dignidade da pessoa humana, sob o fundamento da razoabilidade do que se pode exigir do Estado. Substancialmente, a nomenclatura da Reserva do Possível, conforme Barcellos (2008, p. 261), “[...] procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”.

Salientamos que a utilização da Reserva do Possível somente tem sentido de existir quando houver dois direitos de “igual ou aproximada valia” (LAZARI, 2012, p. 66), exigindo que se pondere qual será realizado com maior prioridade, sob pena de não se realizar sequer um deles. Assim, a título exemplificativo, segundo o autor supracitado, a decisão entre alocar verbas para a saúde ou para a educação pode exigir um juízo de ponderação, em se admitindo eventual conflito de valores. Assim, é válido o argumento da Teoria da Reserva do Possível para realizar um valor em detrimento do outro, através de um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que se encontram em semelhante hierarquia valorativa, já que o Estado não conta com aporte financeiro suficiente para concretizar todas as demandas da coletividade.

De outro modo, quando o confronto envolver valores dissonantes, ou seja, que não se aproximam quanto ao grau de importância social, a exemplo de realizar uma festa pública na cidade e aumentar o número de leitos em uma Unidade de Terapia Intensiva (UTI), para atender às necessidades das pessoas que necessitam do serviço de saúde, não há que se falar em Reserva do Possível para a realização do serviço sanitário.

No último exemplo mencionado, percebemos que o valor saúde é preponderante em relação à festa pública, pois, ainda que se alegue o direito ao lazer, não deve a efetivação da saúde sucumbir ao argumento da Reserva do Possível, já que o valor oposto ao direito sanitário não é de igual ou de aproximada valia, como se evidencia quando realizado um juízo de ponderação no caso em estudo.

Fonte (2013) menciona, na obra de “Políticas Públicas e Direitos Fundamentais”, a existência de duas dimensões quanto à Reserva do Possível: a jurídica e a fática. No que se refere à Reserva do Possível jurídica, aponta a ideia de que o Estado não poderia violar os direitos orçamentários e administrativos para gerar a efetividade dos direitos prestacionais demandados pela população, ainda que disponha de verba para tal, visto haver previsão e limitação orçamentária quanto aos gastos públicos. Já em relação à Reserva do Possível fática, o autor considera a ideia da existência da limitação de recursos do Estado para atender às inúmeras necessidades da sociedade, não sendo faticamente possível atendê-las de forma integral.

Com isso, Fonte (2013) adverte que o condicionamento da realização de direitos fundamentais e sociais, por exemplo, a existência do que ele denomina de “caixas cheias” do Estado, que seria o desejável do ponto de vista financeiro, implicaria, por outro lado, no aniquilamento da eficácia do direito prestacional constitucionalmente previsto. Deve-se, pois, em um contexto de limitação de recursos, realizar uma análise mais aprofundada para saber o quanto disponibilizar, para que não haja insuficiência, nem desperdício de verbas públicas, pesquisando-se a quem atender, alcançando quem realmente necessita dos serviços prestados pelo Estado, conforme parâmetros orientadores da justiça distributiva, citada pelo Ministro Gilmar Mendes, no âmbito do julgamento da STA nº 175.

Quanto à implementação dos direitos sociais reclamados pela sociedade que, muitas vezes, busca o Poder Judiciário para realizá-los, e a alegação da Reserva do Possível pelo Estado, buscando afastar a responsabilidade prestacional, Fonte (2013, p. 141) salienta que:

A reserva do possível não é presunção absoluta (ou mesmo relativa) da inexistência de dinheiro, nem fundamento autônomo de discricionariedade administrativa e/ou legislativa capaz de justificar a omissão ou adimplemento defeituoso de direitos fundamentais.

Com isso, inferimos que, mesmo diante da limitação de recursos públicos para concretizar os direitos pleiteados pela sociedade, o argumento da Reserva do Possível não pode ser sinônimo de falta de verbas públicas para custear os serviços de interesse social. Ou seja, não se pode utilizar referida teoria, de origem financeira e orçamentária, como pretexto para realizar uma prestação deficiente do direito fundamental social, conforme se estuda o direito social da saúde, sob pena de se incorrer em conduta incompatível e proteção deficiente do sistema de tutela dos direitos fundamentais.

No âmbito da proteção dos direitos fundamentais sociais, mais especificamente se direcionando ao legislador, temos que ele não pode se omitir ou agir de forma deficiente ao inovar no ordenamento jurídico na seara desses direitos básicos, caso contrário, estará violando a proibição de proteção insuficiente decorrente do direito fundamental, gerando, por via de consequência, um estado de omissão inconstitucional passível de ser submetido ao controle do Poder Judiciário, face à inafastabilidade da tutela jurisdicional. Nesta esteira, Mendes e Branco (2014, p. 652) advertem que: “Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).”.

Com relação à classificação da Teoria da Reserva do Possível, Sarlet e Figueiredo (2013) entendem que ainda é possível haver uma terceira dimensão além da fática e da jurídica, apresentando a questão da razoabilidade da pretensão, que envolve o fato da prestação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado, em especial, no tocante à exigibilidade e, neste sentido, também quanto à razoabilidade. Desta forma, a alegação de ausência de recursos como um impeditivo para a efetividade dos direitos fundamentais e sociais deve ser ponderada e comprovada pelo Estado, sendo deste o ônus da prova quanto à alegação da Reserva do Possível, como se evidencia nas palavras de Sarlet (2012, p. 30): “[...] cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”.

No mesmo sentido, Lazari (2012, p. 46) compreende que:

Trata-se [a reserva do possível] de matéria a ser não só alegada, mas também devidamente argumentada pelo Estado. Ademais, o argumento da ‘reserva’ tem caráter excepcional, respeitando o aspecto tridimensional formado pelas disponibilidades fática e jurídica, e pela proporcionalidade,

mais especificamente, no caso desta última, quanto ao subpostulado da adequação.

Em síntese, o Estado deve, quando alegar a Teoria da Reserva do Possível em seu favor, comprová-la de forma cabal, já que esse ônus probatório cabe ao Ente Público, e não ao particular, sob pena de a tese sustentada se reduzir à mera falácia argumentativa, com o objetivo escuso de se esquivar dos deveres constitucionalmente impostos.

3.2A origem da Reserva do Possível sob a ótica da razoabilidade e sua utilização no Brasil

Tendo em vista que a Teoria da Reserva do Possível foi concebida originariamente como uma limitação às demandas judiciais, oportuna é a relação que se faz entre a referida teoria e o parâmetro da razoabilidade, a fim de que haja uma convivência harmônica entre os pleitos da sociedade, embora não seja objetivo deste trabalho realizar uma análise mais aprofundada do princípio da razoabilidade.

De início, cumpre esclarecer que o princípio da razoabilidade se refere à relação entre os meios utilizados e os fins almejados, orientando que se deve atender aos critérios norteadores do princípio da proporcionalidade, o qual possui previsão implícita na CF de 1988, cabendo destacar as vertentes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Conceituando cada uma das referidas vertentes do princípio da proporcionalidade, o Professor Doutor Machado Segundo (2012, p. 66, grifo nosso) salienta que:

O meio será adequado quando, de fato e efetivamente, conduzir ao objetivo perseguido. Será necessário quando, dentre os meios existentes e adequados, não existir outro que seja menos gravoso à promoção dos demais princípios igualmente prestigiados pela Constituição. Finalmente, **será proporcional em sentido estrito quando, além de adequado e necessário, o emprego do meio em questão causar aos outros princípios, igualmente prestigiados constitucionalmente, impactos mínimos, justificáveis em face do maior benefício obtido com a sua adoção (os bônus justificam os ônus). É nesse último momento, da proporcionalidade em sentido estrito, que se realiza verdadeiramente a ponderação, aferindo-se se os prejuízos advindos da adoção do meio escolhido se justificam à luz dos benefícios por ele trazidos, ou por outras palavras, dando-se primazia à solução que implicar o menor sacrifício possível aos princípios envolvidos.**

Neste contexto, é importante realizar a diferenciação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, muitas vezes confundidos pela própria

jurisprudência do STF, por trabalhos acadêmicos e, até mesmo, em relatórios de comissões do Poder Legislativo. Assim, não representam palavras sinônimas, conforme destacado por Silva (2002, p. 23, grifo nosso):

Nessa linha e considerando que os institutos da proporcionalidade e razoabilidade podem ser diferenciados pelo menos quanto à origem histórica, ao desenvolvimento, à finalidade e à aplicação distinta dos institutos, bem como quanto à ausência de perspectiva procedimental na razoabilidade, poderíamos dizer então que os referidos institutos distinguem-se porque enquanto a proporcionalidade desenvolve-se como regra procedimental inerente à solução de reais colisões entre direitos fundamentais após a Lei Fundamental de Bonn de 1949 como decorrência lógica da estipulação de tais direitos como mandamentos de otimização (princípios) e como expressa determinação de que competiria ao TCF fazê-lo, a criação e o desenvolvimento da razoabilidade teve por finalidade imediata não a solução de restrições de direitos fundamentais como na Alemanha, mas sim a fundamentação do controle jurisdicional sobre os demais atos do Poder Público, bastando para a sua aplicação, no direito estadunidense, a consideração meramente subjetiva do juiz quanto à adequação do ato questionado em relação ao senso comum de aceitabilidade social da medida eleita para alcançar o fim pretendido. Ou seja, **enquanto a razoabilidade pode ser considerada como um princípio material implícito que poderá ser confrontado com outros princípios para afastar medidas arbitrárias ou irrazoáveis segundo um senso comum do que é social, jurídica, política e economicamente aceitável, a proporcionalidade deve ser considerada como uma regra procedimental com aplicação subsidiária restrita às hipóteses de reais colisões entre princípios ou direitos fundamentais que não possam ser solucionadas sem a aferição das possibilidades fáticas e jurídicas que fundamentem a prevalência de um direito fundamental ou princípio sobre outro de igual envergadura.**

A diferença entre a proporcionalidade e a razoabilidade é trabalhada com muita acuidade por boa parte da doutrina brasileira, ao se destacar que “[...] enquanto a razoabilidade exige que as medidas estatais sejam racionalmente aceitáveis e não arbitrárias [...]”, a proporcionalidade “[...] determina que as mesmas, além de preencherem tal requisito, constituam instrumentos de maximização dos comandos constitucionais, mediante a menor limitação possível aos bens juridicamente protegidos [...]” (PONTES, 2000, p. 89-90).

Ainda no âmbito da doutrina pátria, dada a proximidade e distinção dos institutos, Barroso (2009, p. 255, grifo nosso) apresenta a opinião de que:

Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, **razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis.** Este é o ponto de vista que tenho sustentado desde a 1ª edição de meu Interpretação e aplicação da Constituição, que é de 1995.

Barroso (2009) aduz que o princípio da razoabilidade, num primeiro momento, teve caráter puramente procedimental, já que ligado à ideia de devido processo legal, associado, basicamente, aos direitos de contraditório e ampla defesa. Apenas num segundo momento é que fala em um caráter mais material do princípio, “[...] por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador” (BARROSO, 2009, p. 256).

A par da diferenciação realizada por parte da doutrina, fato é que, ao julgador, é posta a obrigação de decidir em face de dois bens igualmente tutelados pela Constituição, especialmente no caso do direito à saúde e a Teoria da Reserva do Possível, quando deverá o órgão julgador exercer um juízo de proporcionalidade, em maior ou menor intensidade, a depender do caso concreto, a fim de escolher a alternativa que melhor atenda os valores colidentes, de modo que eventual decisão não implicará, necessariamente, em anulação perpétua do valor derrotado no juízo da ponderação.

Nesta senda, Villas-Boas (2014, p. 1) apresenta um diálogo entre o ideal e o razoável, entre as diversas pretensões individuais e coletivas dentro da sociedade, assim se manifestando:

Sob esse viés, a reserva do possível como razoabilidade de expectativas tem por propósito fomentar o constante diálogo entre o ideal e o razoável, entre a pretensão do indivíduo e a dos demais que estão em situação análoga na sociedade. A reserva do possível como razoabilidade de expectativas é, enfim, a enunciação de que decidir é um ato de responsabilidade individual e coletiva.

Com isso, entendemos que o indivíduo possui o legítimo direito de reclamar a realização do seu direito fundamental social dentro de um parâmetro suportável pelo corpo social, especialmente para buscar os mesmos direitos das classes mais favorecidas, sem prejuízo de o Estado alegar a Reserva do Possível para prestar citado direito, no momento em que transpuser o limite do razoável. No entanto, não é tarefa das mais fáceis definir qual seria esse limite do razoável. Contudo, para fins de inteligibilidade, fazemos uma comparação entre a Reserva do Possível surgida na Alemanha e a teoria, que recebe o mesmo nome, utilizada no Brasil.

Na Alemanha, como já salientamos anteriormente, a Reserva do Possível significa que “Os anseios do cidadão que ‘bate à porta’ do Judiciário estão limitados a um critério de razoabilidade, ainda que haja dinheiro nos cofres públicos” (OLIVEIRA,

2014, p. 2). Com a utilização dessa mesma teoria no Brasil, o que se tem visto, por sua vez, é a adoção de um critério de disponibilidade, como se percebe na análise do julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp nº 1.185.474/SC, no qual o Ministério Público pleiteou a ampliação da disponibilidade do atendimento em creches e pré-escolas para crianças de zero a seis anos, em face do Estado de Santa Catarina.

No referido julgado, o STJ entendeu que a Reserva do Possível não poderia ser utilizada como excludente “genérica” da efetivação dos direitos fundamentais, no caso em análise, o acesso à creche, que se consubstancia como direito social previsto no art. 227 da CF de 1988, o qual, *mutatis mutandis*, aplica-se ao direito sanitário previsto no art. 196 da CF de 1988:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* – Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como “sinônimo” de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. 3. **Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão.** Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. [...] 11. **Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.** No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: Resp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Diante disso, podemos concluir, em uma análise comparativa entre a origem da teoria e sua aplicação no Brasil, que a Reserva do Possível, no seu nascedouro, não se relaciona apenas com a existência de recursos materiais e financeiros – assaz importantes para a efetivação dos direitos sociais – valendo-se também do critério da razoabilidade das pretensões dos indivíduos e da sociedade

aos bens da vida, almejados como balizador das prestações do Estado, especialmente quando já estão sendo efetivamente realizadas. Neste sentido, o Tribunal germânico não endossou a tese de que o Estado estaria obrigado a oferecer quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas que atendesse a todos os estudantes de forma global.

A adequação dessa teoria à realidade pátria, após sua importação pelo Brasil, aconteceu de forma distorcida, haja vista que foi interpretada como uma teoria da reserva do financeiramente possível, acabando por ser considerada como limite à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como se percebe no magistério de Mendes e Branco (2014, p. 171, grifo nosso):

Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à *reserva do possível*. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado.

Com isso, a Reserva do Possível passou a ser utilizada, muitas vezes, como justificativa para a ausência do Estado, um verdadeiro escudo estatal contra o cumprimento do papel que a própria CF de 1988 lhe conferiu, o de provedor das necessidades da sociedade, representadas pelos direitos fundamentais e sociais ali descritos, em razão da limitação orçamentária existente (ÁVILA, 2013).

No cenário brasileiro, o condicionamento, por exemplo, da prestação do direito sanitário à disponibilidade financeira do Estado, em virtude da importância desse direito fundamental social, implicará verdadeira violação do princípio da vedação ao retrocesso na proteção desses direitos, situação inadmissível na escala evolutiva de conquistas dos direitos fundamentais.

A jurisprudência pátria é pacífica ao afirmar que a Reserva do Possível não pode ser invocada pelo Poder Público com a pretensão de dificultar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, de modo que se mostra como incorreta a utilização desta teoria, tal como concebida originariamente. Nesta linha, extraímos o entendimento do Ministro Herman Benjamin, do STJ, no âmbito do julgamento do Recurso Especial nº 1.068.731:

A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da 'limitação de recursos orçamentários' frequentemente

não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. (BRASIL, 2011).

Já em julgamento de Ação Civil, no âmbito do Recurso Extraordinário com Agravo nº 685.531, o Ministro Ricardo Lewandowski aduziu que a cláusula da ‘Reserva do Possível’, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de se exonerar, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Como já assinalado, caso o direito básico do indivíduo não seja realizado pelo Poder Público, resta configurada a possibilidade de acesso à tutela jurisdicional, quando o Poder Judiciário será impulsionado para a efetivação dos direitos já assegurados pela CF de 1988, não havendo suposta violação à regra da separação dos poderes, como analisaremos a seguir.

3.3A efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo poder judiciário

Conforme escólio de Grinover (2010), na teoria da separação de Montesquieu, condicionou-se o exercício da liberdade à separação entre as funções judicial, legislativa e executiva, criando-se a teoria da separação dos poderes e afirmando que a reunião de poderes permite o surgimento de leis tirânicas, exequíveis de forma igualmente tirânica. Neste sentido, Dallari (2007) esclarece que a teoria foi consagrada no momento histórico do liberalismo, no qual se objetivava o enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação na esfera da liberdade individual.

Portanto, era o período da primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais, ou seja, das liberdades ditas negativas, em que o Estado só tinha o dever de se abster, para que o cidadão fosse livre para fruir e usufruir da sua liberdade. O modelo do constitucionalismo liberal se preocupou, com exclusividade, em proteger

o indivíduo da ingerência do Estado. A transição entre o Estado Liberal e o Estado Social, contudo, promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades (GRINOVER, 2010). Neste contexto, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social.

Surge a segunda geração de direitos fundamentais, os quais se referem aos direitos econômicos e sociais, em complementariedade aos direitos de liberdade. Com a evolução, o dever de abstenção do Estado é substituído pelo dever de um “*dare, facere, praestare*”, ou seja, um dar, um fazer ou um prestar, por intermédio de uma atuação positiva que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos de segunda geração ou dimensão (GRINOVER, 2010).

Ferraz Junior (1994) lembra que o objetivo do Estado Liberal era o de neutralizar o Poder Judiciário ante os demais poderes. Porém, no Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado aos escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar em neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário está constitucionalmente vinculado à política estatal. No conceito de Canela Júnior (2009, p. 69):

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade. O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, portanto, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado. Diante dessa nova ordem, denominada de judicialização da política” (muito diferente, acrescente-se, da politização do Judiciário), [...] contando com o juiz como co-autor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo as dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle.

Desta forma, a Carta Política de 1988 foi inovadora na outorga de direitos fundamentais sociais aos indivíduos, notadamente àqueles ligados aos objetivos do Estado Democrático Social de Direito, a exemplo da busca do combate à exclusão social, à redução das desigualdades sociais e regionais, à promoção do bem comum,

entre outros. Com base nesses objetivos, todos os Poderes da República são responsáveis, direta ou indiretamente, por concretizar os mandamentos constitucionais, em um cenário de cooperação institucional, para que sejam realizados todos os direitos fundamentais, notadamente os sociais.

Prevalecia, assim, pelo menos inicialmente, uma interpretação absoluta do princípio da separação dos poderes, em que se entendia indevida a interferência na seara própria do Legislativo e do Executivo das decisões judiciais que, a pretexto de efetivarem direitos sociais, promovessem controle de políticas públicas (SARMENTO, 2008). Essa realidade se modificou e o que se nota, na atualidade, é o aumento das demandas judiciais em todas as instâncias, com consequentes decisões judiciais ordenando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados, que decorrem de direitos sociais constitucionalmente consagrados, denotando que o Judiciário brasileiro passou a dar relevo aos direitos fundamentais sociais.

Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na seara do Poder Executivo, trazemos à baila a ementa da decisão proferida na ADPF nº 45/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA **LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁCTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (BRASIL, 2004, grifo nosso).

Assim, a via judicial, após a garantia da inafastabilidade da tutela do Poder Judiciário, foi definitivamente transformada em instrumento posto à disposição do cidadão para buscar a realização dos seus direitos, constituindo elemento que possibilita a luta em prol da inclusão social e da garantia de uma vida digna.

Nessa senda, o reconhecimento da plena normatividade do Texto Constitucional, com destaque para os princípios nele inseridos, a exemplo da dignidade da pessoa humana, ensejou uma maior participação do Poder Judiciário na

proteção dos direitos fundamentais sociais. O juiz, desta forma, ganha destaque como autêntico guardião das “promessas civilizatórias” (SARMENTO, 2009) inseridas no Texto Constitucional, cabendo-lhe atender às crescentes demandas sociais em busca da aplicação efetiva dos direitos sociais, notadamente o direito à saúde.

Com isso, é interessante reconhecer que o Poder Judiciário, por sua missão constitucional de atender aos pleitos sociais, e também pela crescente facilitação do seu acesso, é, hoje, uma opção de caminho eficaz para que os cidadãos, isoladamente, ou por meio da sociedade organizada, do Ministério Público ou da própria Defensoria Pública, busquem intervir diretamente na formação e no controle das vontades públicas.

Para tanto, é possível que o próprio Judiciário tenha que intervir no direcionamento das políticas públicas, realizando os direitos que já estão, ressaltamos, constitucionalmente previstos, tornando a concretização do bem comum um caminho irrefutável a ser seguido pelo intérprete e aplicador da lei, fazendo valer, assim, a verdadeira justiça distributiva, ao atender aqueles que necessitam do amparo estatal.

Assim, é certo que o modelo de Estado voltado ao bem-estar social, eleito pelo constituinte de 1988, impõe aos julgadores nacionais a necessidade de não raro enfrentarem situações que reclamam o controle judicial de políticas públicas, consistindo em um dos únicos meios de tirar do papel os direitos fundamentais sociais garantidos pelo Texto Constitucional, notadamente quando o Poder Público se queda em mora, ou simplesmente não realiza seu dever constitucional, principalmente quando se trata de condutas básicas que garantam um mínimo de dignidade à vida dos cidadãos.

Neste cenário, concluímos que questões ligadas principalmente à efetivação dos direitos sociais têm ensejado decisões que impõem ao Estado gastos, muitas vezes, vultosos, mesmo que em prol de apenas um cidadão, envolvendo fornecimento de medicamentos importados, próteses, tratamentos médicos no estrangeiro, entre outras medidas sanitárias, a exemplo do decidido na STA nº 175/CE, em que a União, na qualidade de prestadora solidária do direito à saúde, foi condenada a fornecer medicação mensal de alto custo (R\$ 52.000,00, cinquenta e dois mil reais) à paciente.

Outro caso que merece menção foi o decidido na STA nº 278, em que foi concedida a antecipação de tutela contra o estado de Alagoas, posteriormente

confirmada pelo STF, obrigando-o a fornecer o medicamento Mabthera a uma paciente portadora de leucemia em tratamento quimioterápico. Aqui, o tratamento foi orçado em R\$ 162.707,16 (cento e sessenta e dois mil, setecentos e sete reais e dezesseis centavos) mensais. Destacamos, neste último exemplo, que o fato de o medicamento não constar no protocolo do SUS não foi empecilho suficiente para impedir a tutela do direito sanitário. Na decisão da STA nº 278, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que:

[...] o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais e a Política Nacional de Atenção Oncológica visam contemplar justamente o acesso da população acometida por neoplasias aos tratamentos disponíveis. (BRASIL, 2010).

Não se desconhece que muitas dessas decisões são tomadas sob o influxo da necessidade urgente e, também, da cognição aligeirada, próprias dos provimentos de índole antecipatória, por vezes confirmadas pelos órgãos jurisdicionais superiores, a exemplo do anteriormente exposto, em razão do reconhecimento da veracidade do direito alegado, a despeito dos argumentos de defesa levantados pela Fazenda Pública.

Situações como essas, quando postas à consideração do julgador, praticamente não deixam margem alguma de dúvida, já que a parte está em risco de vida e o julgador, sendo ser humano, não tem outra decisão senão assegurar a vida do paciente. Ademais, cumpre ressaltar que o ônus da prova quanto à alegação da Reserva do Possível cabe ao Estado, que a defende. Assim, em face do conflito entre impor ao erário a obrigação de fornecer medicamento dispendioso, ou garantir o direito à saúde de uma pessoa, o juiz analisará, no caso concreto, se o Estado se desincumbiu do ônus de provar que o possível provimento da decisão causará mais danos do que vantagens à realização do direito fundamental, conforme o magistério de Marmelstein (2012, p. 95, grifo nosso):

Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial. Por isso, **as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la.** [...] assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a

decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental.

Neste contexto, caso o Estado não logre êxito em provar que não há recursos públicos para concretizar o direito do indivíduo, é previsível que o magistrado tenderá a ordenar o fornecimento do medicamento, por ser um valor preponderante, em face do interesse patrimonial do Estado.

Conforme escólio de Streck (2003, p. 169), o que determina a atuação do Poder Judiciário, como expressão do poder estatal, é a salvaguarda pró-ativa do bem comum e, assim, a tese substancialista defende que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, o que não significa uma “judicialização da política” e das relações sociais, mas sim o cumprimento dos preceitos e princípios inerentes aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado Social, previstos na CF de 1988.

Com isso, sendo certo que o Poder Judiciário não poderá se furtar da missão constitucional do dever de julgar, especialmente nos casos em que a mera subsunção do caso à regra se mostra insuficiente, deverá o julgador, de forma fundamentada e argumentativa, analisar os bens jurídicos eventualmente colidentes, podendo se utilizar da técnica da ponderação como solução da colisão dos valores, como defendido por Barroso (2009, p. 345), concluindo que:

[...] a ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas. A importância que o tema ganhou no dia a dia da atividade jurisdicional, entretanto, tem levado a doutrina a estudá-lo mais cuidadosamente.

Assim, a ponderação é uma técnica de decisão usada para solucionar tensões entre valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se apresentam como suficientes. Nesta perspectiva, essa colisão assume aspectos diferenciados, conforme esclarece Alexy (2008, p. 93):

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.

Do exposto, é de grande importância alertar que qualquer solução que possa ser adotada em situações de colisões de valores é complexa e exige atenção do julgador em relação às informações contidas em cada caso concreto. Ademais, é sabido que a ponderação não é um modelo perfeito e infalível de solução de casos difíceis, contudo, apresenta-se como importante técnica de julgamento, já que oferece ferramentas capazes de buscar uma decisão que não esvazie, por completo, os valores constitucionais.

3.4 Os custos dos direitos, as escolhas trágicas e a inafastabilidade da tutela jurisdicional

A destinação de recursos públicos, que são normalmente escassos, enseja a instauração de situações de conflito, seja com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, seja com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela CF. Com isso, a escassez dos recursos que representa os custos dos direitos a serem efetivados propicia contextos de antagonismo que impõem ao Estado o encargo de superá-los, mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes. Assim, o Poder Público se obriga, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas” em decisão governamental, cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real cumprimento às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.

Portanto, a escassez dos recursos públicos para a efetivação dos direitos não pode ser argumento para que o Poder Público seja omissos ou ineficiente no seu dever prestacional dos direitos fundamentais dos indivíduos, sendo cabível a intervenção do Poder Judiciário para sanar tal lesão, face à inafastabilidade da tutela jurisdicional, conforme já aduziu o ministro Celso de Mello em decisão de Agravo Regimental nº 47, esclarecendo que o Poder Judiciário poderá implementar tais direitos previstos no Ordenamento Jurídico, ainda que excepcionalmente:

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar as políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal

comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional [...]. (BRASIL, 2010).

Diante deste cenário, a atuação do juiz no controle das políticas públicas deve levar em consideração tanto a questão dos custos presentes na realização dos direitos fundamentais sociais quanto a necessidade, por vezes urgente, da prestação e fornecimento dessas proteções. Assim, ao se deparar com dois valores igualmente protegidos no ordenamento jurídico, o julgador deve fazer um juízo de ponderação concernente às escolhas trágicas, sem esquecer a aplicabilidade e efetivação dos direitos fundamentais sociais, ainda que haja, para tanto, a mitigação de um determinado direito em benefício de outro no caso concreto. Neste sentido, segundo as palavras de Mendes e Branco (2014, p. 615):

[...] notem-se, nesse sentido, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da 'reserva do possível', especialmente ao evidenciar a 'escassez dos recursos' e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas. Concluem que, a partir da perspectiva das finanças públicas, 'levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez'.

Com isso, impõe-se analisar a questão da escassez dos recursos disponíveis para o Poder Público realizar determinados valores, visto que se trata de argumento recorrente invocado em suas escusas, ao ser chamado a atender às demandas sociais. Ademais, uma vez configurada a existência de dois valores em conflito, cabe ao juiz realizar as chamadas escolhas trágicas, em decorrência da possível escassez de recursos.

É certo, pois, que os recursos não são infinitos e essa escassez não se relaciona apenas com os insuficientes recursos públicos, dizendo, por vezes, respeito a um conjunto de fatores que podem servir à satisfação de quem os deseja, ou deles necessita, a exemplo de um hospital com equipamentos de qualidade e, igualmente à manutenção desses bens e profissionais capacitados para manuseá-los.

Ilustrando essa assertiva, evidenciamos que, no âmbito sanitário, nem sempre há órgãos disponíveis aos pacientes que necessitam realizar cirurgia de transplante, o que constitui hipótese de escassez para a qual a mera disponibilidade financeira, mesmo existente, não permite solução fácil (VIANA, 2010). O fato é que a realização efetiva de todos os direitos demanda custos, ainda que estejam relacionados apenas com a manutenção de uma estrutura de fiscalização para a sua respectiva implementação (AMARAL, 2010).

Sendo assim, a Reserva do Possível, nesta seara, está intimamente ligada ao “custo dos direitos” e à insuficiência orçamentária para garanti-los, requerendo do Estado a escolha de certas prioridades para nelas investir. Barcellos (2008) aponta que é importante que a escolha de onde será aplicado o orçamento siga não somente o critério de “investir ou não investir”, mas a ponderação de “investir mais ou menos”. Em suas palavras:

A questão é extremamente complexa, pois exige o estabelecimento de prioridades e de critérios de escolha caso a caso, que poderão variar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades sociais mais prementes: porque aplicar os recursos na despoluição da Baía de Guanabara e não na pesquisa científica sobre doenças tropicais, ou na expansão na rede de ensino médio? Além de decidir em que gastar, é preciso saber também quanto deverá ser investido em cada uma das áreas escolhidas, já que as alternativas envolvem não apenas o binômio investir/não investir, mas também investir menos ou mais, de modo a tornar viável o atendimento de um maior número de necessidades. (BARCELLOS, 2008, p. 265).

O Estado, então, ao direcionar suas políticas públicas, em consonância com as necessidades sociais, deverá realizar um estudo prévio destinado a identificar a quantidade de serviços necessários para atender às pretensões das pessoas, de modo a não os ofertar em volume insuficiente ou excedente, garantindo o equilíbrio na disposição de toda a rede de serviços públicos prestados. Este equilíbrio é importante, principalmente em relação às classes sociais mais carentes ou desfavorecidas, majoritariamente o público-alvo que se serve dos serviços públicos, já que as pessoas que possuem planos de saúde, via de regra, deles não necessitam, embora sejam prestados a todas as pessoas indistintamente.

Diante do exposto, podemos concluir que a efetividade dos direitos fundamentais sociais demanda certo custo, estando relacionada ao orçamento público e, neste contexto, a realização de determinado direito fundamental social depende de escolhas ponderadas pelo Estado, ainda que trágicas, tendo em vista a escassez dos recursos públicos, a qual, embora importante para a análise do tema, não pode ser argumento suficiente para represar as demandas sociais, notadamente aquelas básicas contidas no conceito do mínimo existencial e que devem ser supridas de pronto.

3.5 Jurisdição de crise, ativismo judicial e o exercício das capacidades institucionais

O exercício da jurisdição em tempos de crise exige uma atuação ainda mais arrojada do Poder Judiciário, uma vez que é demandado para solucionar questões complexas, notadamente litígios de ordem estrutural, cujo papel do juízo, objetivando a contenção da crise, é realizar pronunciamentos judiciais que sejam dotados de maior efetividade, sobretudo quando se relacionem à materialização de direitos fundamentais em casos desafiadores e que envolvem diversas instituições.

Importante destacar que, no contexto da jurisdição de crise, há uma corrosão na efetivação dos direitos fundamentais, de modo que o ativismo judicial assume especial importância para a contenção de graves retrocessos em matéria de direitos fundamentais, permitindo que as decisões judiciais sejam dotadas de maior efetividade e que consigam romper, no plano dos fatos, com a naturalização dessas violações.

Esta atuação mais proeminente, no contexto das relações sociopolíticas, tem sido justificada pelo próprio Poder Judiciário, alegando a necessidade e o dever de concretizar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional. A doutrina denomina esse fenômeno de judicialização da política, pelo fato de questões de âmbito político terem se tornado objeto de exame dos tribunais.

Assim, a atuação mais ativista do Poder Judiciário tem ensejado reações dos demais poderes estatais, notadamente do Poder Legislativo, que se sente prejudicado pelo desempenho criativo dos magistrados, pois, ao decidir os casos concretos postos sob sua apreciação, o Judiciário tem, aparentemente, ultrapassado os limites de atuação, agindo como verdadeiro legislador positivo, inovando no sistema jurídico e interferindo, em certa medida, na esfera de criação da norma jurídica, própria do Poder Judiciário (CAPPELLETTI, 1993).

Nesta análise do ativismo judicial, é comum a abordagem da forte tensão entre os poderes estatais, em decorrência do grande destaque alcançado pelo Judiciário, seja quando justifica sua atuação como indispensável e necessária para que os direitos constitucionais prevaleçam, seja no exercício da jurisdição constitucional, cabendo verificar os limites do exercício da jurisdição e a postura de ativismo judicial, sob pena de gerar um desequilíbrio entre os demais poderes, especialmente o Legislativo, o qual possui a função típica de produzir a norma jurídica.

Nesta perspectiva, ao ultrapassar o limite de sua atuação, o Judiciário estaria quebrando a harmonia que deveria prevalecer entre todos os poderes da República, impondo um governo de homens, no caso em estudo, um governo de juízes legisladores, elevando sua vontade a um patamar superior ao da lei. Observamos, então, que os Tribunais Superiores vêm realizando deliberações políticas, a exemplo da ADPF nº 347/DF, no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, no qual questões políticas se transformaram em questões jurídicas, sendo criadas políticas públicas que passaram a ser elaboradas e, muitas vezes, executadas pelo próprio Poder Judiciário, principalmente no âmbito dos direitos fundamentais, de modo que, para Cappelletti (1993), esse fenômeno de expansão do papel do Judiciário significa um contrapeso no sistema democrático, face à expansão da atuação estatal.

A declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, portanto, foi considerada, por parte da doutrina brasileira, como um modo de ativismo judicial, sendo criticada a adoção da referida técnica decisória, conforme posicionamento de Streck (2015, p. 2, grifo nosso):

É por isso mesmo que, com a vênua da decisão do STF (ADPF 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: **o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica – vista de forma cindida – sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é como a noção de ECI construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de ‘essência’ daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza em um país periférico.** Uma espécie de realismo moral. E também discordo em face de outros argumentos. O ECI pressupõe uma leitura dualista da tensão entre fatos e normas, desconsiderando que o problema da eficácia do direito, sobretudo após o giro linguístico (que o direito parece querer ignorar), não pode ser mais tratado como um problema de dicotomia entre norma e realidade, um, como referi acima, verdadeiro ranço jusnaturalista, sob pena de se agravar ainda mais o problema que por meio da crítica se pretende denunciar.

O ativismo judicial é entendido como uma atuação excessiva do Poder Judiciário, em razão da inércia ou da omissão inconstitucional, tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, em relação à concretização da norma constitucional, inclusive, muitas vezes criticada por ser considerada afrontosa ao princípio da Separação dos Poderes, como entende Barroso (2011, p. 6, grifo nosso):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. **A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente**

contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Neste sentido, Garapon (1999, p. 24, grifo nosso) afirma que:

O controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é 'um dos maiores fatos políticos deste final do século XX'. **Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso.** Primeiramente, na vida política, quando se viu desenvolver por todo o mundo aquilo que os americanos chamam de um **ativismo judicial**.

A referida atuação do Poder Judiciário e o ativismo judicial, especialmente no âmbito do STF, têm sido motivo de aplausos e críticas, de modo que, para Barroso (2011), essa atuação ativista do Judiciário é observada em diversas partes do mundo, em razão do avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, conforme se reproduz:

O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade. De fato, **desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular.** (BARROSO, 2011, p. 1, grifo nosso).

É cediço que há críticas quanto à atuação ativista do Poder Judiciário, especialmente em razão da (i) legitimidade democrática dele em formular políticas públicas no âmbito da judicialização da política. Para Santos (2007), essa judicialização, muitas vezes, decorre da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolverem os conflitos ou atender às demandas dos grupos sociais, ensejando demandas ao Judiciário, que acaba por interferir na política pública e nas condições da sua efetivação:

A judicialização da política verifica-se ainda diante de um conjunto de circunstâncias que descentraram a atenção da política judiciária para a política do judiciário. Neste caso, o confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, **diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições da sua**

efetivação. Neste caminho, o sistema judicial torna-se uma ferramenta estrategicamente utilizada pelos grupos em disputa e partidos políticos para frear ou vetar a implementação da agenda política governamental ou dos grupos políticos majoritários. Para além do impacto do sistema político, a judicialização da política afeta também o desempenho dos próprios tribunais, conduzindo à politização do judiciário, esta torna-o mais controverso, mais visível e vulnerável política e socialmente, o que, por sua vez, é outra das razões do seu recente protagonismo. (SANTOS, 2007, p. 18, grifo nosso).

A par das críticas da doutrina e de parte da comunidade acadêmica, fato é que, no contexto e no exercício de uma jurisdição de crise, caracterizada pela complexidade e multiplicação das demandas, é comum a judicialização das políticas públicas, de modo que, embora a inafastabilidade da tutela jurisdicional, garantida pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF de 1988, faz-se necessário observar os limites do exercício da jurisdição, a fim de que não haja um ativismo judicial exacerbado que acabe por violar as esferas de atuações e competências dos demais poderes constituídos democraticamente, comprometendo a harmonia e a separação entre os poderes.

Desta forma, face à jurisdição de crise e à imposição de agir ao Judiciário, com certo grau de ativismo judicial, em processos que se caracterizam como complexos, nos quais se discute um problema que admite diversas soluções, apresenta-se como fundamental a análise da técnica da capacidade institucional dos entes e/ou órgãos envolvidos na demanda, especialmente aqueles a serem atingidos por eventual decisão jurisdicional (LIMA, 2019).

Assim, defendendo o exercício das denominadas capacidades institucionais, a fim de saber “Como deve o Judiciário decidir?” e “Quem deve decidir?”, tanto com análises intrainstitucionais quanto interinstitucionais, Arguelhes e Leal (2011, p. 9, grifo nosso) aduzem que:

[...] é possível identificar duas grandes vertentes de argumentos centrados na ideia de ‘capacidades institucionais’. De um lado, o que poderíamos chamar de argumentos *intrainstitucionais*. Aqui, o argumento é utilizado para apreciar diferentes respostas à questão ‘**como deve o Judiciário decidir?**’. De outro, essa indagação abre espaço e torna necessária uma pergunta anterior e mais abrangente: ‘**quem deve decidir?**’. Ao se abrir tanto para análises intrainstitucionais, quanto *interinstitucionais*, **o argumento das ‘capacidades institucionais’ tem dois méritos básicos. Primeiro, obriga os participantes do debate a incorporarem juízos empíricos na defesa de suas propostas. Enfatiza-se que toda teoria normativa sobre a função judicial, formulada em um contexto ideal que pode estar mais ou menos explícito em sua descrição ou escorada sobre compromissos conceituais muito vagos (como os relacionados a uma concepção de democracia, estado de direito, constitucionalismo ou jurisdição constitucional) irá necessariamente se comportar de forma diferente do esperado uma vez manuseada por juízes reais, em contextos**

institucionais específicos. Segundo, o argumento expõe certa miopia que caracteriza análises a respeito de escolhas judiciais focadas exclusivamente nos méritos e deméritos do Poder Judiciário. Esse insulamento não é metodologicamente suficiente para fundamentar a adequação e a legitimidade ou não de uma decisão. Ao contrário, compreendido como apenas uma peça em um arranjo institucional plural e cooperativo, **as escolhas do Poder Judiciário não podem ser analisadas como se as habilidades, limitações e o exercício das competências de juízes e tribunais se dessem em um vazio institucional.** Quando criam ou tendem a criar tensões interinstitucionais, elas devem ser apreciadas *relativamente* aos méritos e deméritos das outras instituições também capazes de oferecer respostas para esses problemas.

Os autores referenciados retiram o Poder Judiciário da centralidade do poder judiciário, em um compartilhamento das responsabilidades do poder de decidir, considerando que as habilidades do juízo não são exercidas em um vazio institucional, notadamente em face de as instituições eventualmente atingidas pela ordem judicial terem que cumprir com o que fora decidido.

Com isso, a importância do diálogo institucional prévio à tomada da decisão possui o mérito de oportunizar o efetivo exercício das competências constitucionais dos entes e/ou órgãos envolvidos, com a abertura do juízo decisório e verificação de quem possui as melhores habilidades ou especializações para a execução das efetivas soluções do problema, já que o Poder Judiciário possui uma capacidade limitada para a resolução e efetivação da demanda posta a julgamento.

O compartilhamento e o diálogo institucionais no exercício das capacidades de diversas instituições, relacionam-se com a falibilidade da entidade monolítica do juiz, o qual não será capaz de, isoladamente, enfrentar situações sociais que exigem uma pluralidade de relações e tensões dentro das instituições e entre as instituições, sendo necessária a distribuição horizontal do poder, em observância às capacidades institucionais, conforme entendimento de Arguelhes e Leal (2011, p. 10, grifo nosso):

O juiz de carne e osso não é o juiz ideal, nem o Judiciário é uma entidade monolítica. Mas, além disso, esses múltiplos juízes de carne e osso não compõem a única instituição a enfrentar situações sociais que exigem interpretação e aplicação de normas jurídicas. Essa pluralidade de relações torna tensões intra e interinstitucionais não apenas inevitáveis, mas naturais em ambientes nos quais o poder é distribuído horizontalmente, podendo levar a verdadeiros impasses institucionais. Nesse ponto, **referir-se às ‘capacidades’ de uma instituição implica fundamentalmente indicar os seus méritos comparativos para decidir tanto questões que podem estar sob a esfera de competências de mais de uma instituição, quanto problemas cujas soluções por uma dada instituição terão efeitos sobre objetivos compartilhados por outras instituições.**

Evoluindo no campo da teoria da decisão judicial e do exercício das capacidades institucionais, os autores referidos se utilizam do pensamento econômico

e apresentam a demanda individual como uma ação “*first best*” da função jurisdicional, de modo que, já que o Estado não pode fornecer saúde para todos, por exemplo, faz-se a maior aproximação possível do direito pleiteado, atendendo, ao máximo, em condições reais, conforme argumentam Arguelhes e Leal (2011, p. 29-30, grifo nosso):

Fazendo uma analogia com o pensamento econômico, os autores observam que, **se em certas condições, não é possível atingir o estado de coisas mais eficiente, a máxima eficiência possível não será necessariamente atingida se tivermos o estado inatingível como um ‘ideal regulatório’ e nos pautarmos por ele.** O resultado pode ser inferior ao da adoção de uma outra estratégia que, embora em condições ideais não fosse promover a eficiência de forma tão intensa, **em condições reais funciona melhor do que a estratégia ‘ideal’ (*first best*)**. Aplicando esse modelo à função jurisdicional, fica evidente que, em muitos casos, juízes ‘reais’ (operando em condições reais) podem se sair melhor aplicando teorias que não levariam aos resultados mais justos e mais precisos em condições “ideais” (que pressupõem tempo e recursos infinitos, imparcialidade absoluta, capacidade intelectual e conhecimento jurídico sobre-humanos, por exemplo). Assim, as capacidades institucionais de quem vai decidir podem e devem influir na escolha da teoria. Realizar essa escolha ‘em abstrato’ traz consigo vários riscos. Em uma análise desse tipo, é preciso estimar os custos que a adoção da teoria terá para juízes e a chance de erro no seu manuseio e aplicação, bem como o impacto nocivo de sua generalização para os usuários do sistema judicial (maior demora na prestação jurisdicional, maior imprevisibilidade etc) – o que os autores chamam de *efeitos dinâmicos* da adoção da teoria. A necessidade de referência às capacidades institucionais dos tomadores de decisão reais é, portanto, uma crítica contra a possibilidade de *operacionalização* uniforme das mesmas em diferentes cenários e por diferentes atores institucionais. Uma teoria do raciocínio jurídico pode até fornecer realmente um instrumental metodológico confiável para orientar a formulação de crenças e tomadas de decisão. O que se coloca em xeque, contudo, é se ela pode fazer isso *sempre*. Vale insistir, mais uma vez, que o argumento de Sunstein e Vermeule é interessante não por chamar a atenção para a discrepância em juízes ideais e juízes reais – elemento obviamente reconhecido por qualquer teoria normativa minimamente sofisticada. O hiato relevante é outro. Situa-se entre as teorias normativas que procuram em abstrato caracterizar **a ‘melhor decisão’ e as pequenas decisões de segunda ordem que operacionalizam a aplicação dessas teorias no cotidiano da função jurisdicional**. Para um institucionalismo como o desses autores, a tentativa de aproximação a modelos ideais não apenas é pouco importante para a seleção de métodos decisórios e posturas institucionais, como é explicitamente desconsiderada desde o início da formulação da teoria.

Ainda considerando a impossibilidade de se atender a todos, e de forma indistinta, evolui-se da técnica do “*first best*” da função jurisdicional para uma abordagem do tipo “*second best*”, de modo que, face às limitações de se atender todo o direito pleiteado para todos, serão analisadas as melhores opções entre as que existem no âmbito da demanda estrutural, considerando a inexistência da “solução ideal”, conforme delineado a seguir:

[...] a originalidade metodológica do argumento institucionalista de Sunstein e Vermeule está no fato de conjugar um consequencialismo de segunda-ordem (ou seja, uma investigação não sobre as consequências de decisões pontuais obtidas mediante a aplicação de uma teoria decisória em um caso específico, mas sobre as consequências da implementação de diferentes teorias decisórias) com um modelo de racionalidade do tipo *second-best* para lidar com problemas interinstitucionais. Esse é o cerne da teoria, o elemento que a singulariza em relação ao resto do debate e que torna potencialmente útil fazer referência a ela no âmbito da comunidade jurídica brasileira. Tal sofisticação metodológica se cristaliza pelo manejo combinado de dois conceitos: **capacidades institucionais e efeitos dinâmicos**. Não se confundem um com o outro, mas se combinam em uma estrutura de raciocínio consequencialista mais geral, orientando a escolha no sentido de se adotar a alternativa que promova o *melhor* estado de coisas. O método, nesse sentido, apresenta-se como alternativa completamente diferente para lidar com questões tradicionalmente enfrentadas por juristas sob as lentes de categorias teórico-dogmáticas elaboradas sem suporte empírico, ou mesmo deixadas a cargo da aplicação da prudência ou do bom-senso dos tomadores de decisão. **Ao pressupor e enfatizar, ao contrário, a incerteza das condições sob as quais muitas decisões são tomadas e a consequente falibilidade inevitável de agentes institucionais reais, o argumento institucionalista rejeita a priori construções ideais para orientar a solução de problemas interinstitucionais.** Segundo o método pressuposto pela comparação das capacidades institucionais, a realização do melhor entre os piores (*i.e.* subideais) estados de coisas é orientada pela consideração dos efeitos líquidos globais associados à adoção generalizada de diferentes posturas institucionais e métodos de decisão. A proposta de Sunstein e Vermeule não se ocupa, nesta dimensão, com a decisão de casos singulares, mas com as decisões tomadas por instituições sobre como decidí-los e com os efeitos dessas metadecisões sobre o equilíbrio institucional. Olhar para cada caso individual é pouco importante, pois se assume, desde o início, que atores institucionais tomarão eventualmente decisões erradas independentemente da postura ou do método de decisão por eles aplicado. (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 30-31, grifo nosso).

Seguindo o modelo do compartilhamento da decisão em um processo estrutural, e objetivando a solução da demanda, em virtude da complexidade e a multipolaridade envolvida, podemos fundamentar, igualmente, na possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais, previstos no art. 190 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, no âmbito do referido processo estrutural e no exercício das competências institucionais, assim exposto:

A possibilidade de ajustar negócios processuais (art. 190, CPC) é potencializada nos processos estruturais em razão das usuais complexidade e multipolaridade envolvidas na sua tramitação. Se a solução negociada é sempre preferível num processo individual de natureza bipolar, em que normalmente são facilmente identificáveis os interesses contrapostos, tanto mais se pode dizer quando há múltiplos interesses envolvidos – convergentes ou divergentes, a depender da questão em foco – e múltiplas possibilidades de solução do problema. No processo estrutural, o apelo à consensualidade é ainda mais exigível. Daí a importância, para o processo estrutural, das técnicas de negociação quer quanto ao objeto do processo em si quer quanto à adaptação do procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa ou quanto aos ônus, poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 115).

É possível, portanto, ajustes finos ao processo ou à fase pré-processual para melhor adequação e resolução da demanda estrutural e o compartilhamento das competências estruturais, sendo lícito se estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, seja antes ou durante o processo, em conformidade com a regra de autocomposição processual do art. 190 do CPC de 2015. Assim, é comum que o problema estrutural possa ser resolvido por diversas formas, ante à flexibilidade do procedimento, sendo estabelecida a meta e os objetivos a serem alcançados, a fim de se atingir ao novo e ideal estado de coisas, através dos diversos meios com os quais se pode implementá-los.

Neste contexto, Lima (2019, p. 536) entende que os litígios estruturais, em razão do elevado grau de complexidade e conflituosidade, devem ser classificados na categoria dos litígios irradiados, assim entendidos aqueles que “[...] envolvem um vasto grupo de pessoas, afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria terminar e, por isso mesmo, com interesses diversos, a serem representados no processo”.

A ideia de complexidade está relacionada à noção de multipolaridade do processo estrutural, ou seja, a diversidade de interesses envolvidos tende a multiplicar as possibilidades de tutela, pelo que se observa da elevada conflituosidade interna entre os grupos atingidos e, até mesmo, dentro do próprio grupo. Contudo, embora predominem exemplos de processos estruturais de alta complexidade e conflituosidade, esse atributo não é essencial para sua identificação, de modo que, caso o problema subjacente não admita um número tão diverso de soluções, não exclui a possibilidade de se tratar do problema estrutural, desde que o processo em que se o discuta seja, também ele, processo estrutural.

A questão, portanto, pode ser clara, do ponto de vista jurídico, e complexa, do ponto de vista fático, ou pode ser clara, do ponto de vista jurídico e fático, e de difícil implementação por envolver uma mudança cultural e social, pelo que já que é possível identificar diferentes graus de estruturalidade do problema (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 114). Neste sentido, reconhecendo que o tradicional processo civil bipolar é insuficiente e inadequado às tutelas de problemas complexas, o direito norte-americano desenvolveu uma técnica que se destina a suprir as necessidades práticas experimentadas no controle judicial de políticas públicas e nos litígios de interesse público. Assim, a respeito da aplicação das medidas

estruturantes nas causas de maior complexidade, Didier Junior, Zaneti Junior e Oliveira (2020, p. 114, grifo nosso) explicam que:

Trata-se das medidas estruturantes, que surgiram com o objetivo de repensar os instrumentos manejados nessas demandas nas quais a atuação direta do Judiciário é tida como problemática, à luz da separação dos poderes, da eventual escassez de recursos e dos entraves burocráticos existentes nessas estruturais institucionalizadas. Segundo Owen Fiss, o leading case de adjudicação estruturante foi a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso Brown vs. Board of Education of Topeka. Na ocasião, sepultando a doutrina do 'separados, mas iguais', a Corte determinou o fim da segregação racial nas escolas, cuja implementação perpassaria necessariamente pela reforma estrutural de instituições de grande porte. Alguns anos depois, a partir de Holt vs. Sarver, foram proferidas decisões estruturantes com o objetivo de promover a reestruturação do sistema prisional norte-americano. Tratava-se da primeira vez em que 'todo o sistema prisional de um Estado teve sua constitucionalidade impugnada judicialmente'. **Com efeito, os processos estruturais foram desenvolvidos com a pretensão de realizar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, para concretizar um direito fundamental, efetivar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos.**

Assim, além de se tratar de um litígio coletivo para a aplicação das medidas estruturantes, é preciso que haja vários interesses concorrentes em jogo e que a decisão seja passível de interferir na esfera jurídica de vários terceiros que demandam a mesma resolução do problema. Desta forma, a partir de uma lógica e um processamento diferenciado, a demanda estruturante pode produzir efeitos mais eficientes e a longo prazo, do que a demanda tradicional, já que pressupõe a análise do problema de forma global e prospectiva, ao invés de individual e imediatista, que não conseguirá resolver o problema macro por completo.

Ademais, além dos efeitos materiais diretos, relativos à resolução do caso concreto, também existem os efeitos simbólicos e indiretos, relativos em instar a opinião pública contra essa violação, demonstrando a gravidade do problema e mobilizar a sociedade civil acerca da questão. Assim, as demandas estruturantes são imprescindíveis para solucionar as violações sistêmicas a determinados direitos, para fins de macrojustiça. Neste viés, torna-se necessário que o procedimento destinado à discussão de políticas públicas tenha amplitude muito maior do que a referida lógica bipolar dos processos, visando assegurar que o Judiciário tome contato com o problema em toda sua extensão.

Com este entendimento, Arenhart (2016) coloca como imprescindível a satisfação de dois requisitos indispensáveis, sendo o primeiro deles a necessidade de redefinição da noção de contraditório, exigindo a participação de toda a coletividade,

por meio de técnicas de representação adequada, a exemplo das audiências públicas e do *amicus curiae*, com a absorção de experiência técnica de especialistas. Já o segundo requisito, seria a adoção de um procedimento diferenciado, caracterizado pela reformulação de alguns elementos tradicionais, no âmbito do processo civil, a exemplo da adstrição da decisão judicial ao pedido, da limitação do debate aos contornos da causa de pedir e dos limites da coisa julgada, que devem ser repensados nas demandas estruturais e no exercício das capacidades institucionais.

Esta reformulação se deve à discussão judicial de as políticas públicas decorrerem de contextos fáticos que são altamente mutáveis e fluidos, de forma que as necessidades de proteção, em um determinado momento, podem vir a ser distintas da existente em outra ocasião (ARENHART, 2016). Logo, as demandas de potencial estruturante e o exercício das capacidades institucionais devem ser vistas de maneira mais permeável, objetivando o direito da tutela jurisdicional adequada, o qual pressupõe a primazia do mérito em relação ao instrumento, conforme a regra do art. 4º do CPC de 2015.

Com efeito, segundo Arenhart (2016), nas demandas estruturantes há, pelo menos, dois grupos de medidas resolutivas passíveis de serem adotadas, quais sejam: as dialógicas e as coercitivas. As primeiras são aquelas “[...] em que as entidades públicas condenadas são chamadas a fazer parte, de modo ativo, da implementação da decisão” (ARENHART, 2016, p. 211). Um exemplo é a elaboração de um plano de implementação da decisão e, a partir do monitoramento pela jurisdição fiscalizatória, a manutenção do diálogo para flexibilização e adequação das medidas que devem ser tomadas.

No âmbito do direito comparado, a técnica já foi adotada pela Corte Constitucional da Colômbia, quando reconheceu o ECI do sistema penitenciário e determinou, dentre outras medidas, a elaboração de um plano para a construção e renovação de presídios que visassem garantir, aos presos, condições dignas de vida nas prisões (FACHIN; SCHINEMANN, 2018). Do mesmo modo, a imposição de cronogramas não é estranha à jurisprudência pátria, valendo lembrar da condenação a mineradoras e à União a realizar um projeto de recuperação da região, com cronograma mensal de etapas a serem executadas, e a executá-lo no prazo de três anos, inclusive com a possibilidade de cominação de multa, caso não fosse cumprido o plano dialógico proposto, conforme se reproduz as medidas estruturantes tomadas no âmbito do STF:

Recentemente, ainda, a 2.^a Turma do STF determinou que as unidades de execução de medidas socioeducativas de internação de adolescentes não ultrapassem a sua capacidade projetada. Sob o ponto de vista da jurisdição constitucional, o precedente trouxe relevantes ganhos: ao reconhecer a violação massiva e generalizada de direitos no sistema socioeducativo, o STF não só declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional, mas se preocupou em instituir um observatório judicial sobre o cumprimento das internações socioeducativas, visando a acompanhar a implementação da decisão. A importância desse precedente salta aos olhos ao se compará-lo com a decisão proferida nos autos da ADPF nº 347, na qual a Corte se limitou a declarar a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário nacional. À exceção do avanço conquistado a partir da obrigatoriedade da realização das audiências de custódia, poucos foram os ganhos obtidos na melhoria do sistema penitenciário de 2015 para cá. Já na decisão voltada ao sistema socioeducativo, o STF não só lançou luzes sobre esse cenário de violação de direitos nesses equipamentos, mas também instituiu o referido comitê de monitoramento do seu cumprimento. Trata-se de claro exemplo de jurisdição fiscalizatória, o que demonstra preocupação da Corte de que as medidas para melhoria do sistema saiam, efetivamente, do papel e tenham potencial transformador. Por outro lado, **caso as medidas dialógicas, enquanto meios menos invasivos, não sejam efetivas para assegurar o direito que se pretende tutelar, será indispensável a adoção das medidas coercitivas, como, por exemplo, a imposição de multas.** (CUNHA, 2021, p. grifo nosso).

Neste sentido, embora o exercício da jurisdição de crise, no âmbito de demandas estruturais complexas e com multiplicidade de demandas, exija certa atuação ativista do Poder Judiciário, especialmente no contexto do direito à saúde, sendo a flexibilidade do procedimento e a aplicação das capacidades institucionais uma proposta de resolução do problema, com a preferência da adoção de meios menos invasivos, é possível que seja necessária a adoção de medidas coercitivas, como, a título ilustrativo, a fixação de multa diária ou o sequestro de verbas públicas para assegurar que o plano, elaborado pelo próprio Poder Público, seja efetivamente cumprido.

Com efeito, é necessário que o principal objetivo da propositura de uma demanda estrutural seja alcançado, ou seja, a satisfação e a efetividade do direito prestacional, o que deverá ser sempre o critério norteador para determinar a adoção de uma ou outra medida pelo Poder Judiciário, a depender do desenrolar do procedimento (CUNHA, 2021).

4 O DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO PANDÊMICO

Em dezembro de 2019 começaram a circular as notícias, veiculadas na mídia nacional e internacional, do surgimento de um vírus de fácil transmissão e com alta taxa de mortalidade na China, pertencente à família dos coronavírus, o Sars-CoV-2, causador da COVID-19, apto a modificar a rotina e a vida das pessoas. Após a aceitação do rápido cenário de gravidade, ocasionado pela doença, propagando-se para a Europa e para as Américas, em razão da globalização, o isolamento social e a constante higienização pessoal e de objetos passaram a ser a primeira grande recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS) para o enfrentamento da epidemia, sendo medidas importantes, mas insuficientes, diante do problema estrutural de emergência de saúde.

Inobstante o esforço coletivo e as notícias mundiais de avanço da epidemia, a COVID-19 se tornou, rapidamente, um enorme desafio para a saúde pública brasileira, com o aumento exponencial de infectados e o crescente número de mortos diariamente, mormente a minimização, o negacionismo e, até mesmo, a desinformação causada pelo governo federal quanto à gravidade da situação gerada pela doença infecciosa, relegando a taxa de letalidade de 3,4%, enquanto o número de mortes já ultrapassava a marca de 1.178.475 pelo mundo, segundo dados da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) (2021).

Com o aumento de casos de contágio da COVID-19 e de mutações sofridas no vírus, houve a majoração de demandas ao serviço público de saúde, que não conseguiu atender a todos os pacientes, principalmente aqueles que demandavam leito de UTI com o uso de respiradores para poder sobreviver, o que ocasionou verdadeiras demandas estruturais do direito à saúde, no contexto da pandemia da COVID-19. Neste cenário de grande procura de leitos de enfermaria e UTIs para pacientes com COVID-19 e escassez de recursos para atendimento, pelo Poder Público, o Poder Judiciário foi a última trincheira do paciente para fazer valer o mínimo existencial do direito à saúde.

Com fundamento no mínimo existencial do direito à saúde, ficou o Estado obrigado a garantir aos seus cidadãos o acesso a serviços e ações de saúde, que devem proporcionar atendimento integral (inciso II do art. 198 da CF de 1988), nele compreendido uma adequada assistência médico-hospitalar, a qual pressupõe a oferta de procedimentos médicos e medicamentos, ainda que sejam de última

geração, pouco importando seu custo, desde que comprovadamente necessários para a preservação da vida e saúde do indivíduo.

Contudo, argumentos como a Reserva do Possível, tese eminentemente relacionada com o direito financeiro, são comumente apresentados pelo Estado, com o fim de não prestar algum serviço ou possibilitar o exercício de direito social ao indivíduo, devendo o Poder Judiciário, quando acionado nesses casos, nortear-se pela busca da efetivação do direito perseguido, haja vista estar assegurado constitucionalmente, a exemplo do direito sanitário.

Assim, o direito à saúde, também considerado como premissa básica no exercício da cidadania, e presente no núcleo mínimo de existência do indivíduo, constitui-se em direito de extrema relevância para a sociedade, pois é essencial para uma qualidade de vida mínima, escopo de todo cidadão no exercício dos seus direitos constitucionais fundamentais, via garantidora da dignidade da pessoa humana. Com isso, para além da relevância acadêmica e da problemática social, sobretudo no que tange à efetivação das políticas públicas em tempos de crise sanitária, ocasionada pela pandemia da COVID-19, os direitos fundamentais sociais a serem estudados em cotejo com a realidade fática e as demandas judicializadas referentes ao estudo em análise, objetiva uma solução estrutural e equânime das demandas estruturais apresentadas.

Quando se trata de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, é inevitável discutir a função jurisdicional do Estado e sua efetividade na sociedade, notadamente no âmbito do direito à saúde de todo cidadão. Versar sobre Democracia e Finanças Públicas, por sua vez, importa abordar a democratização do direito à saúde para todas as pessoas, a quem deve ser garantido o mínimo existencial desse direito fundamental básico, a exemplo do acesso igualitário a leitos em UTI para pessoas contaminadas pelo novo coronavírus.

Para tanto, é necessária a implementação de uma estratégia consistente, uniforme e igualitária em todo o sistema de saúde pública, alicerçada com um financiamento público do Estado em toda a rede atendida pelo SUS, sob pena de demandas individuais acabarem sendo postuladas perante o Poder Judiciário, em virtude de omissão inconstitucional ou proteção insuficiente do Estado na implementação desse direito sanitário, a par da finitude dos recursos públicos.

Quando os entes políticos são demandados em juízo para prestarem o direito à saúde a determinada pessoa, é comum, em suas defesas, alegarem o

argumento de ilegitimidade passiva, ou seja, a ausência de qualquer responsabilidade para figurar no polo passivo de determinada demanda, requerendo, pois, serem excluídos da lide instalada. Aprofunda-se, assim, o estudo do mínimo existencial do direito à saúde, no contexto pandêmico da COVID-19, investigando as medidas governamentais de enfrentamento à pandemia do novo coronavírus, notadamente da União como ente central, e a (in)eficiência das políticas públicas implementadas durante a gestão da crise, em cotejo com as deliberações judiciais na denominada jurisdição de crise, propondo-se a declaração do ECI como solução estrutural para a problemática, almejando pesquisar a efetivação de políticas públicas que beneficiem toda a coletividade de forma ampla, irrestrita e igualitária.

Neste sentido, considerando o esgotamento das alternativas de resoluções de conflitos pelas vias judiciais, extrajudiciais autocompositivas, além das administrativas, é certo que a defasada efetivação da saúde pública não encontra vertentes de diluição das demandas ou perspectivas de melhoria na efetividade dos serviços prestados, causando um elevado grau de insegurança jurídica para os pacientes que dependem dos serviços públicos de saúde (CHAGAS *et al.*, 2019).

Com efeito, o engessamento dos mecanismos processuais capazes de solucionar as lides com a eficiência necessária e condizente a garantir a dignidade humana faz com que seja necessário apresentar formas mais pontuais e inéditas no direito brasileiro. Assim, a revisitação de ordenamentos jurídicos estrangeiros traz a perspectiva das decisões estruturais como alternativa viável para uma efetiva concretização dos valores constitucionais, de modo que, no âmbito da processualística brasileira, Arenhart (2016, p. 211) traz as seguintes considerações:

O direito processual civil brasileiro foi, todo ele, concebido para lidar com uma espécie muito bem determinada de litígios. Ele foi pensado para lidar com a situação típica da 'lide', na qual se vê uma pretensão de um sujeito (ou grupo de sujeitos), objeto de resistência ou de insatisfação por outro sujeito (ou grupo de sujeitos).

Neste viés, o processo estaria situado em uma lide com dois extremos, pelo que o trabalho do juiz seria escolher um desses dois polos como o vitorioso e o outro como o perdedor, em uma concepção denominada de bipolar na relação processual (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017). No caso do direito à saúde de forma geral e isonômica, a complexidade do tema amplifica a insuficiência da estrutura do processo civil clássico, denominado de bipolar, fazendo-se necessária a utilização de técnicas processuais diferenciadas.

Nesta linha de defesa, Arenhart (2016, p. 211, grifo nosso) complementa e ilustra o raciocínio da seguinte forma:

Pense-se em uma demanda em que certa pessoa pretende uma cirurgia de emergência junto ao sistema público de saúde. Ao contrário do que se pode imaginar, este (aparentemente) inocente litígio não é apenas entre o seu direito à saúde (ou à vida) e o interesse à tutela do patrimônio público do Estado. Ele embute em seu seio graves questões de políticas públicas, de alocação de recursos públicos e, ultima ratio, de determinação do próprio interesse público. Com efeito, o juiz, ao decidir essa demanda, poderá estar, por exemplo, desalojando da prioridade de cirurgias do Poder Público outro paciente quiçá em estado ainda mais grave do que o autor. Poderá também estar retirando recursos – dinheiro, pessoal, tempo, etc. – de outra finalidade pública essencial. **E, sem dúvida, estará sempre interferindo na gestão da política de saúde local, talvez sem sequer saber a dimensão de sua decisão.**

Para além do processo individual bipolar, a questão é ainda mais grave no âmbito da tutela coletiva, já que, nesta espécie de processo, pela especial interferência gerada no âmbito econômico, político, social ou cultural, os problemas acima vistos são amplificados. A título exemplificativo, imaginemos o quão complexo é decidir uma ação coletiva que pretende o fornecimento de medicação a todo um grupo de pacientes, a construção de escolas ou de hospitais, ou a eliminação de certo cartel (CHAGAS *et al.*, 2019).

Por isso, e sendo hoje corrente a atividade judicial voltada ao tratamento dessas questões complexas, é necessário que se ofereça ao magistrado novos padrões de atuação e soluções jurídicas que alcancem, efetivamente, o problema estrutural, inclusive, com maior flexibilidade na adequação de sua decisão. Por outro lado, a forma como muitas vezes as ações coletivas são trabalhadas no Brasil é objeto de crítica por parte de Arenhart (2016, p. 211, grifo nosso), conforme a seguir explicado:

A tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. E, mais grave, mesmo a dita ‘representação’ feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real. Com efeito, um agente do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de sê-lo, está inquestionavelmente legitimado à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo e, em consequência, passa a ter a prerrogativa de dizer – sem sequer ser obrigado a consultar qualquer membro da comunidade ou da coletividade como um todo, ou mesmo sem nem mesmo dar a oportunidade a esses grupos ou à sociedade de manifestar-se previamente – aquilo que a sociedade precisa,

deseja ou exige. Paradoxalmente, portanto, o processo coletivo aliena exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos. E faz tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual, ou seja, segundo um **processo bipolarizado, onde necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra. A lógica individualista do processo coletivo é tão forte que muitas vezes sequer se percebe a submissão desse tipo de processo à mesma principiologia dos processos individuais.**

Com posturas similares, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) ressaltam que, para bem lidar com as ações coletivas, os operadores do direito precisam se despir de velhos preconceitos (ou ‘pré-conceitos’), evitando o recurso a raciocínios aplicáveis apenas à tutela individual para solucionar questões atinentes à ‘tutela coletiva’, que não é, e não pode ser, pensada sob a perspectiva da teoria da ação individual, referente ao processo bipolar.

Independentemente da perspectiva analítica adotada, a doutrina e a jurisprudência expostas, até este momento, demonstram a necessidade de reformulação da processualística em questões de tangibilidade coletiva, com matriz garantista constitucional. Com isso, as chamadas decisões estruturais passam à discussão como um possível caminho para que a atividade jurisdicional possa desempenhar eficazmente seu escopo, seja este compreendido como a tutela de um direito subjetivo violado, a observância prática do direito objetivo ou, principalmente, a atribuição de significado e aplicação aos valores constitucionais, notadamente no âmbito do direito à saúde pública (CHAGAS *et al.*, 2019).

4.1 Das demandas estruturais do direito à saúde e o sopesamento entre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível

As demandas estruturais se referem aos processos complexos que envolvem múltiplos interesses, de modo que, como conceituam Meireles e Salazar (2017), são questões típicas de litígios estruturais aquelas que envolvem diversos valores da sociedade, pelo que não só há vários interesses concorrentes em jogo, mas também há a possibilidade de que as esferas jurídicas de terceiros, os quais não integram o conflito, sejam afetadas pela decisão judicial em um processo estrutural (ARENHART, 2017).

As demandas estruturais têm como ponto de partida, portanto, a sistemática violação aos direitos fundamentais, mas o objetivo não é apenas reparar

os danos já ocasionados, e sim promover uma readequação das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos violados ou reorganizar estruturalmente as instituições responsáveis por realizá-las (LIMA, 2015).

Os litígios estruturais são um dado da realidade, ou seja, eles existem ainda que o Direito não forneça instrumentos processuais para que sejam tutelados coletivamente (VIOLIN, 2019). Contudo, é possível que a ordem jurídica possibilite o recurso a um tipo de processo coletivo específico, capaz de lidar com essa espécie de litígio: os processos estruturais. Tratando da questão, Lima (2018, p. 60) esclarece que:

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direitos, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.

Neste sentido, o modelo tradicional de processo opera o binômio direito-obrigação: caso seja comprovada a existência da violação de um direito, o Judiciário determina a sua reparação. A indenização dos segmentos populacionais afetados, no entanto, não soluciona a omissão política e, por consequência, não impede que as violações continuem ocorrendo (LIMA, 2015). Para resolver o problema, o processo estrutural possibilita o tratamento da origem do litígio: a reestruturação de uma instituição pública.

Assim, as decisões estruturais se apresentam como uma alternativa para modificar o quadro de debilidade do sistema público de saúde no Brasil, objetivando garantir a efetivação e a concretização do direito à saúde para todos, atribuindo-lhe seu real significado e dando-lhe aplicação eficaz no plano prático da vida civil. Igualmente, as decisões estruturais contribuem para a tutela dos direitos subjetivos, permitindo um eficaz acesso à justiça e simplificando as discussões que se proliferam nos tribunais onde se pleiteia a prestação individual de direitos fundamentais de caráter social, ditos de segunda geração (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017). Ademais, no âmbito de atuação desses direitos sociais, que se caracterizam por serem prestacionais, por parte do Estado, a abordagem estrutural possibilita uma real observância prática do direito objetivo, preservando e promovendo a autoridade do legislador constituinte, conforme se analisa (COTA; NUNES, 2018).

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou

instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos, sendo que essa complexidade não é, necessariamente, aquela própria de teses jurídicas complexas ou de situações envolvendo múltiplos fatos, mas sim a complexidade decorrente da colisão de múltiplos interesses sociais (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2017). Desta forma, Didier Junior e Zaneti Junior (2017, p. 156, grifo nosso), sobre o conteúdo complexo da decisão estrutural, apontam ainda que:

Normalmente, prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; não raro o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte a estrutura deontica de uma norma-princípio, com o objetivo de promover um determinado estado de coisas. Mas não só isso: é **uma decisão que estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-regra.**

Para a utilização das decisões estruturais em determinado ordenamento jurídico, Arenhart (2016) apresenta certos requisitos, sendo necessário que: em primeiro lugar, a ordem constitucional admita a interferência judicial nos atos dos demais Poderes, não sendo possível imaginar a abordagem judicial mediante decisões estruturais em sistemas pautados por uma rígida separação de Poderes, em que não se admita que o Judiciário intervenha em políticas públicas. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o atendimento desse requisito é refletido na sedimentada jurisprudência do STF, que admite o controle judicial dos atos de políticas públicas, especialmente em atenção aos direitos fundamentais.

O próprio controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, consagrado na Constituição da República, pela via do controle concreto ou abstrato, concentrado ou difuso, faz emergir a evidência da opção da ordem constitucional pelo controle judicial dos atos do Poder Público em geral (CHAGAS *et al.*, 2019). Tal possibilidade de intervenção judicial em políticas públicas é, hoje, uma realidade dada na prática constitucional brasileira, de modo que, nas palavras de Arenhart (2016, p. 211), a questão “[...] deixa de centrar-se na discussão sobre a possibilidade dessa intervenção, passando a importar mais o debate a respeito do modo e do ambiente em que esse tipo de conflito deve ser levado à análise judicial”, concluindo ser inquestionável que o Brasil satisfaz tal requisito necessário para se pensar em decisões estruturais.

Desta forma, as decisões estruturais objetivam a garantia dos direitos fundamentais mínimos como essenciais para o funcionamento da própria democracia e, igualmente, para o controle social das políticas públicas implementadas pelo Estado, já que a realização do direito à saúde, por exemplo, poderá ser fiscalizada pelo povo, de forma objetiva.

Nas palavras de Barcellos (2005, p. 270), “[...] o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar adequadamente se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna”. Com isso, destacamos a importância do controle jurisdicional de políticas públicas em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, onde esse controle exerce um papel necessário para a garantia dos direitos fundamentais e para o funcionamento da própria democracia no acesso às políticas públicas.

Neste contexto, um segundo requisito para a tomada de decisões estruturais, pelo Poder Judiciário, seria sua subsidiariedade em relação a outras medidas mais simples, devendo elas serem empregadas somente diante da ineficácia destas últimas para a adequada solução do litígio levado ao conhecimento do Judiciário (ARENHART, 2016). Com efeito, quando outras medidas mais simples se mostrarem adequadas, não haveria razão para que o Judiciário se valesse de providências estruturais, as quais se revelam com maior complexidade, implicando maior custo para tal Poder, sendo vistas como de caráter mais intrusivo na esfera dos demais poderes.

Nesta ordem de ideias, no tocante à subsidiariedade na tomada de decisões estruturais, Arenhart (2016, p. 211, grifo nosso) aduz, sobre a adoção de medidas mais simples, quando possam efetivamente resolver o litígio, reservando as decisões estruturais quando sejam efetivamente necessárias, que:

De fato, é evidente que medidas desse porte implicarão um elevado custo de recursos (em sentido amplo) do Poder Judiciário. Por isso, e **diante das dificuldades em se implementar e controlar decisões dessa ordem, devem elas ficar reservadas a casos em que sejam efetivamente necessárias, não tomando o lugar de medidas mais simples, mas que possam eficazmente resolver o litígio.**

Assim, a complexidade das situações que requerem decisões estruturais não é compatível com uma rígida interpretação do princípio da demanda, uma vez que seria difícil o próprio demandante dimensionar, de forma adequada, o que seria necessário para a correta tutela do seu direito. Na doutrina de Didier Junior e Zaneti

Junior (2017), nos casos mais complexos e que envolvam políticas públicas, é necessário que o magistrado tenha maior flexibilidade e margem decisória, a fim de que se possa alcançar a melhor solução estrutural ao litígio apresentado, conforme se reproduz:

É fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação. A ideia dos processos estruturais é, como visto, a de alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Sucede que nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível já no curso do processo. Daí a necessidade de ser maleável com a regra da congruência objetiva externa. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2017, p. 432, grifo nosso).

A referida decisão estrutural, portanto, exigirá um maior controle social, por parte do Poder Judiciário, com o diálogo institucional entre todas as instituições envolvidas, a fim de se alcançar uma solução democrática ao problema estrutural, com a adoção das políticas públicas efetivas e a permanente intervenção judicial em tais políticas, objetivando que o plano estratégico não seja desvirtuado no decorrer de sua execução.

Neste panorama das demandas e dos processos estruturais, apresenta-se a constante tensão entre o mínimo existencial e a Reserva do Possível, especialmente envolvendo o direito à saúde, o que tem ensejado diversas demandas judiciais, nas quais o indivíduo busca provimento jurisdicional tendente a compelir o ente estatal, em geral, a uma obrigação de fazer, a fim de que a mora na prestação da obrigação do Poder Público seja sanada, realizando, por fim, o direito constitucional almejado pelo cidadão.

Como regra geral, a pretensão individual é apresentada no juízo de primeiro grau para exigir uma prestação positiva do Estado, e não raro, a partir da sentença condenando a parte ré a cumprir com sua obrigação constitucional, essa ação judicial se estende até aos Tribunais Superiores, em razão dos sucessivos recursos judiciais interpostos pelo ente público, buscando desconstituir ou simplesmente se livrar da condenação imposta.

Vários argumentos são formulados pela Fazenda Pública para esse fim, sejam de índole processual, como a ilegitimidade passiva da parte, sejam de ordem material, como a Reserva do Possível. Desta forma, expomos que a tentativa dos

entes públicos de não figurar no polo passivo não resiste à responsabilidade solidária que orienta as decisões relativamente ao direito à saúde.

Apesar da tentativa de não figurar como réu na ação judicial, o STF já decidiu que a obrigação concernente à prestação do direito à saúde é solidária, não cabendo, por exemplo, eventual denúncia da lide a outro ente estatal para integrar o polo passivo da demanda, uma vez que o Estado *lato sensu*, ou seja, em todas as suas esferas, é responsável por essa prestação, seja isoladamente, seja conjuntamente, consistindo em faculdade do indivíduo colocar um ou mais entes públicos no polo passivo da ação, conforme julgado da Suprema Corte colacionado a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.** 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). **3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios.** Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Observamos, a partir do julgado, a legitimidade passiva de qualquer dos entes federados para figurar no polo passivo de demanda judicial em que se discuta a efetivação do direito à saúde nas demandas estruturais, sendo essa a posição jurisprudencial pacificada na Excelsa Corte, a exemplo do também decidido no âmbito do RE nº 808.059/RS-AgR, no qual se fixou o entendimento no sentido de que “[...] a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária” (BRASIL, 2010). Sem embargos, a título informativo, essa também consiste na orientação do STJ que, em sede de recurso repetitivo no âmbito

do REsp nº 1.203.244-SC, decidiu que o chamamento ao processo no caso de demandas sanitárias é medida protelatória que não deve ser aceita no processo judicial, mormente quando o autor ajuizou a ação em face de apenas um ente político, tudo com fulcro na solidariedade passiva que rege a questão do direito à saúde.

O direito à saúde, pois, é reiteradamente discutido nos Tribunais pátrios, havendo uma gama de julgados do STF sobre o tema, abrangendo, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, a criação de vagas em leitos hospitalares de UTIs, especialmente no contexto da pandemia da COVID-19, a contratação de servidores da saúde, a realização de cirurgias, o custeio de tratamentos sanitários no exterior, quando prescritos por profissionais médicos, entre outras demandas.

Em audiência pública destinada a tratar do direito à saúde e sua efetivação pelo Poder Judiciário, o ministro Gilmar Mendes reafirmou que a competência, assim como a responsabilidade, para dispor sobre o direito sanitário é de todos os entes da Federação, em razão de que o princípio da lealdade adotado pela CF DE 1988 se aplica a todos os entes federativos, conforme as palavras que seguem:

O Poder Judiciário, acompanhado pela doutrina majoritária, tem entendido que a competência comum dos entes resulta na sua responsabilidade solidária para responder pelas demandas de saúde. Muitos dos pedidos de suspensão de tutela antecipada, suspensão de segurança e suspensão de liminar fundamentam a ocorrência de lesão à ordem pública na desconsideração, pela decisão judicial, dessa divisão de responsabilidades estabelecidas pela legislação do SUS, alegando que a ação deveria ter sido proposta contra outro ente da Federação. Não temos dúvida de que o Estado brasileiro é responsável pela prestação dos serviços de saúde. Importa aqui **reforçar o entendimento de que cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios agirem em conjunto no cumprimento do mandamento constitucional**. A Constituição incorpora o princípio da lealdade à Federação por parte da União, dos Estados e Municípios no cumprimento de suas tarefas comuns. (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Em virtude disso, o STF afirmou que o caráter programático da regra prevista no art. 196 da CF de 1988, que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem a Federação brasileira, não pode se converter em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando e frustrando justas expectativas nele depositadas por toda a coletividade, substituir, de forma ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a CF de 1988.

4.2A inoponibilidade da Reserva do Possível em face do Mínimo Existencial da saúde

Embora o dever de prestação do direito à saúde seja estabelecido no art. 196 da CF de 1988, com a garantia do mínimo existencial, é certo que a implementação desse direito, muitas vezes, encontra óbices na disponibilidade financeira do Estado, considerando que nem sempre o Poder Público dispõe de meios para cumprir seus deveres, o que faz com que a demanda para o Poder Judiciário aumente, objetivando que este obrigue o Estado a fornecer medicamentos ou tratamentos que ultrapassem os limites da Lei Orçamentária, a fim de prestigiar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Para o deslinde da questão, conforme já se analisou neste estudo, há mecanismos e técnicas de decisões estruturais, com o exercício das capacidades institucionais, inclusive se norteando pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, já que, muitas vezes, para cada medicamento de alto custo que o Judiciário concede a apenas uma pessoa, milhares de outros pacientes podem acabar ficando prejudicados. Diante dessas situações complexas e que se caracterizam por serem demandas de massa, face à multiplicidade das ações, surge a necessidade de fazer escolhas, tendo em vista que o princípio da Reserva do Possível, pautado na necessidade-possibilidade, deve ser levado em conta.

Deste modo, levando em consideração que resta inviável assegurar indistintamente os direitos fundamentais a todos, é preciso que sejam estabelecidos critérios objetivos do que seja considerado como mínimo existencial, o qual não poderá sucumbir em face da Teoria da Reserva do Possível do Estado. Ou seja, é preciso definir, de forma objetiva, o que seja o mínimo existencial, o qual se caracteriza como o núcleo básico e não poderá ser reprimido em razão da Reserva do Possível.

Em outras palavras, conforme estudo doutrinário, resta viável que, no caso concreto, haja a prevalência da Reserva do Possível na hipótese de o Estado cumprir alguns requisitos objetivos que se consubstanciam em três elementos, quais sejam: a distributividade dos recursos, o número de cidadãos atingidos e a efetividade do serviço, observando o princípio da Reserva do Possível (MARMELESTEIN, 2012). Com isso, deve ser observado, de forma casualística, se o mínimo existencial fora atendido de forma efetiva, ou seja, se em cada caso concreto os três elementos básicos estão presentes: a necessidade, a distributividade dos recursos e a eficácia do serviço.

Em síntese, não podendo o Poder Público atender todas as demandas e a todos de forma indistinta, já que não possui recursos financeiros suficientes para o atendimento de todas as demandas, deverá fazer as escolhas entre os casos mais necessários, realizando o mínimo existencial que não poderá ser relegado (MARMELSTEIN, 2012). Neste contexto, sendo a tese da Reserva do Possível umbilicalmente relacionada com a escassez de recursos públicos, notadamente na área da saúde, deverá o Estado provar, de forma efetiva, que cumpriu com a efetivação do mínimo existencial, sob pena de não se admitir a oposição da Reserva do Possível em face do mínimo da dignidade da pessoa humana.

Isto posto, embora não caiba, ao Poder Público, ser uma espécie de segurador universal de todos os indivíduos, prestando-lhes todos os direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, conforme se analisou quando do estudo das capacidades institucionais do “*first best*” e do “*second best*”, não é lícito, ao Estado, alegar a Reserva do Possível em face do mínimo existencial, consubstanciado no núcleo da atenção básica e primária do serviço de saúde ao particular. Em síntese, não se nega a dificuldade em se verificar o conteúdo do mínimo existencial dentro do ordenamento jurídico, mas é certo que:

[...] mesmo quando os valores pudessem oscilar significativamente, de acordo com o que cada um viesse a considerar como padrão mínimo de dignidade, o fato é que há um núcleo central em relação ao qual haverá consenso em qualquer circunstância. (BARROSO, 2001, p. 153).

Significa dizer que o objeto jurídico identificado pela expressão “mínimo existencial” é fluído e vago, com uma “zona de certeza positiva”, outra “negativa”, bem como uma “zona de penumbra”, como destacado por Carrió (1990, p. 34). Contudo, como bem acentuou Celso Antônio Bandeira de Mello (2000), os conceitos vagos (tal como “mínimo existencial”) padecem de indeterminação nas previsões abstratas, mas, no caso concreto, assumem muito mais consistência, conforme se reproduz:

[...] a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam com absoluta precisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos. Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às mesmas noções que estão abrigadas sob as vozes ‘urgente’, ‘interesse público’, ‘pobreza’, ‘velhice’, ‘relevante’, ‘gravidade’, ‘calvície’ e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso aportável implicaria alteração do próprio

conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por um outro conceito – já agora preciso, portanto, um novo conceito – o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo. (MELLO, 2000, p. 20-21).

É certo que nem sempre haverá possibilidade de determinar precisamente um único sentido ao conteúdo de um conceito veiculado em palavras. Neste caso, estar-se-á diante daquilo que Carrió (1990, p. 34) denominou de “zona de penumbra”.

No contexto do debate jurídico-constitucional alemão, no âmbito do direito comparado, é possível verificar a existência de uma distinção importante referente ao conteúdo e ao alcance do conteúdo do mínimo existencial, que tem sido desdobrado num, assim designado, mínimo fisiológico, que busca assegurar as necessidades de caráter existencial básico e que, de certo modo, representa o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, ou mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção básica e primária já citada, objetiva assegurar, ao indivíduo, um mínimo de inserção, em termos de tendencial igualdade na vida social, política e cultural (SORIA, 2005).

Nesta perspectiva, no âmbito de sua justificação jurídico-constitucional, parte da doutrina defende que o conteúdo essencial do mínimo existencial está diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, abrangendo, por exemplo, as prestações básicas, em termos de alimentação, vestuário, abrigo, saúde ou meios indispensáveis para a sua satisfação, de modo que o designado mínimo existencial está presente no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade, no que diz respeito ao seu conteúdo material (SORIA, 2005).

Nos estudos doutrinários, face à certa fluidez do conteúdo do mínimo existencial, é possível, no caso concreto, afirmar-se o que não seja o mínimo existencial, em sintonia com os paradigmas materiais a serem realizados pelo Estado de Bem-Estar Social, o qual se caracteriza por ser fortemente ativo com as classes passivas, e passivo com as classes ativas, numa alusão a pobres e ricos, nesta ordem.

Do exposto, considerando a experiência alemã no tocante ao mínimo existencial e à Reserva do Possível, que, em termos de repercussão sobre o direito comparado, certamente é a mais relevante na perspectiva da dogmática jurídico-constitucional de um direito ao mínimo existencial, resultam em, pelo menos, duas constatações de importância e que acabaram por influenciar significativamente os desenvolvimentos subsequentes.

A primeira, refere-se ao próprio conteúdo do designado mínimo existencial que, consoante já verificado a partir da experiência oriunda do Tribunal Constitucional Alemão, não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, haja vista que este último diz respeito à garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade (SARLET; ZOCKUN, 2016).

Neste sentido, Sarlet e Zockun (2016) entendem que a interpretação do conteúdo do mínimo existencial, referente ao conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, é a que tem prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina brasileira, assim como na jurisprudência constitucional comparada, notadamente no plano europeu, como apresenta, 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.** Em que pese certa convergência no que diz com uma fundamentação jurídico-constitucional a partir do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, e tomando como exemplo o problema do conteúdo das prestações vinculadas ao mínimo existencial, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência alemã partem – de um modo mais cauteloso – da premissa de que existem diversas maneiras de realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes. Relevante, todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira. Tal orientação, de resto, é que aparentemente tem prevalecido na doutrina e jurisprudência supranacional e nacional (constitucional) europeia e, de algum modo, parece ter sido assumida como substancialmente correta também por expressiva doutrina e jurisprudência sul-americana, como dão conta importantes contribuições oriundas da Argentina e da Colômbia. **Para o caso brasileiro, basta, por ora, lembrar o crescente número de publicações e de decisões jurisdicionais sobre o tema. No plano judicial, o destaque, dado o enfoque do presente texto, fica com o STF, que tem produzido muitas decisões aplicando a noção de um mínimo existencial a vários tipos de situações envolvendo diversos direitos fundamentais.** (SARLET; ZOCKUN, 2016, p. 115, grifo nosso).

À vista disso, e considerando o cenário brasileiro, por se tratar a Reserva do Possível como instituto importado do direito alemão com algumas distorções para o direito brasileiro, tendo em vista que as realidades e os fatos postos a julgamento entre esses ordenamentos jurídicos foram, e são, diversos, não se entende como

correta a aplicação “cega” da teoria, sem considerar as realidades e peculiaridades de cada país, notadamente os serviços públicos básicos prestados por cada Estado no âmbito do direito comparado.

Assim, ao se estudar o direito comparado entre Brasil e Alemanha, percebemos que o conflito entre valores constitucionalmente protegidos é outro, pois, no plano pátrio, está em jogo o direito à saúde – que se confunde com o próprio direito à vida, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana – em face da Teoria da Reserva do Possível.

Objetivando exemplificar o conteúdo do mínimo existencial que não pode sofrer resistência pela Reserva do Possível, Sarlet e Zockun (2016) aduzem, a respeito do direito comparado entre decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e do STF no Brasil, envolvendo o mínimo existencial. Assim, em caso julgado em 18 de julho de 2012, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Sarlet e Zockun (2016) afirmam que, para além de reafirmar, em termos gerais, do que já foi objeto de referência logo acima, designadamente quanto ao conceito e conteúdo do mínimo existencial, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha também declarou a incompatibilidade com a Lei Fundamental, no caso, com o direito e garantia ao mínimo existencial e com a dignidade da pessoa humana, da legislação que, desde 1993, não atualizou o valor do benefício assistencial em espécie alcançado a estrangeiros que estão solicitando asilo na Alemanha, ordenando ao Legislador que, em caráter praticamente imediato, corrigisse tal estado de coisas, conforme aponta, no âmbito do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha:

Mas o Tribunal – e aqui reside a novidade da decisão – foi além, elaborando regra de transição e determinando que, enquanto não efetivada a alteração legal, fosse pago, a título de prestação social, valor previsto e calculado de acordo com critérios legais já existentes no código de proteção social, aplicáveis à hipótese em caráter precário. Tal decisão, embora no caso alemão se trate de uma prestação social e no brasileiro do exercício de um direito de liberdade, guarda forte relação com a técnica decisória utilizada pelo STF quando da alteração de sua posição sobre o direito de greve dos servidores públicos, proferida em sede de Mandado de Injunção, ocasião na qual a Suprema Corte brasileira, à míngua de legislação específica, tal como previsto na CF, determinou fosse aplicada (sem prejuízo de ajustes promovidos caso a caso pelo Poder Judiciário, de modo a proteger interesses e direitos conflitantes) a legislação em vigor para a greve na esfera da iniciativa privada. **Se ambas as decisões (do Tribunal Constitucional Federal e do STF) podem ser enquadradas como representando um elevado grau de intervenção judicial na esfera de atuação do Poder Legislativo, reconduzidas, portanto, ao que se designa de uma “postura ativista”, o mesmo não ocorre – como já sumariamente demonstrado, nos outros dois casos, julgados pelas mesmas Cortes (Hartz IV e LOAS), os quais já demonstram a existência de um caminho alternativo menos**

'invasivo', se é que é legítimo considerar as decisões referidas como efetivamente invasivas (em termos de relação entre os órgãos estatais), pois a Jurisdição Constitucional operou em face de um quadro - respeitadas as diferenças entre os casos e suas circunstâncias - de manifesta e longa omissão legislativa e à vista dos graves problemas daí decorrentes. Em todas as situações, ademais, os respectivos Tribunais não deixaram de frisar que a tarefa de estabelecer em caráter definitivo o valor da prestação (caso alemão) ou a regulação do exercício da greve dos servidores públicos (caso brasileiro) - e mesmo os ajustes dos critérios estabelecidos pela LOAS - é do Poder Legislativo, cabendo à Jurisdição Constitucional um papel eminentemente corretivo e indutivo. O quanto tal caminho se revela produtivo para o caso brasileiro, seja no que diz com a definição do mínimo existencial (abarcando a definição de seu conteúdo e das respectivas consequências jurídicas) seja quanto ao modo de atuação da Jurisdição Constitucional nessa seara, ainda está longe de ser satisfatoriamente equacionado. A prática decisória dos tribunais brasileiros, especialmente, para o que nos interessa de perto neste texto, no âmbito do STF, revela que se trata de tema em fase de expansão qualitativa e quantitativa, mas que exige uma especial consideração do modelo constitucional brasileiro e do respectivo contexto social, econômico e político, além da construção de uma dogmática constitucionalmente adequada e que esteja em harmonia com os demais direitos fundamentais. Aliás, é precisamente nessa seara que os desafios são particularmente prementes, pois, consoante já referido, sem prejuízo de seu relevante papel para a compreensão e efetivação dos direitos fundamentais sociais, o mínimo existencial não deveria pura e simplesmente assumir lugar de tais direitos. (SARLET; ZOCKUN, 2016, p. 115, grifo nosso).

Neste cenário, vale salientar decisão do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Petição nº 1.246/SC, no tocante ao mínimo existencial do direito à saúde, afirmando que:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. (BRASIL, 1999, grifo nosso).

Como resta demonstrado, a argumentação de limitação orçamentária, como acaba sendo traduzida a Teoria da Reserva do Possível no Brasil, em uma aplicação equivocada da teoria germânica no contexto brasileiro, ainda que relevante e de observância necessária para a análise da questão, não basta para limitar ou mesmo impedir o acesso dos cidadãos ao direito à saúde, o qual é garantido pela CF de 1988 e goza do adjetivo de mínimo existencial, requerendo, portanto, uma implementação positiva e imediata para sua satisfação, sob pena de afronta ao próprio direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Por fim, é importante salientar, igualmente, que a eventual alegação, pelo

Estado, de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia contumaz do Poder Executivo em realizar seu dever constitucional de garantia ao direito à saúde, nos termos prescritos no art. 196 da CF de 1988, sendo possível a intervenção do Poder Judiciário para efetivar a garantia contida no plano constitucional.

4.3 A atuação específica do poder judiciário na concretização do direito à saúde

Antes da vigência do CPC de 2015, o direito brasileiro já vislumbrava condições para a superação de uma rígida interpretação do princípio da demanda, identificando vários dispositivos da legislação processual que indicariam uma tendência à aceitação de uma ampla relativização do princípio da demanda, em favor da superação de certos dogmas em que se assentariam tal comando, a exemplo do art. 461 (cláusula aberta da tutela de prestações de fazer e não fazer), do CPC de 1973, ora revogado (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2017).

Com a vigência do CPC de 2015, Didier Junior e Zaneti Junior (2017) reforçam a admissibilidade da flexibilização da congruência objetiva, indicando que ela supõe que a interpretação do pedido “leve em consideração a complexidade do litígio estrutural”, nos precisos termos do art. 322, §2º, do CPC de 2015, e complementam o raciocínio proposto nos termos *ipsis litteris*:

O art. 493 do CPC também ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais. Ao autorizar e impor que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o legislador diz ao julgador que ele deve interpretar a demanda – e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural – segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência. **A dinamicidade com que se altera o cenário fático dos litígios subjacentes aos processos estruturais torna esse art. 493 do CPC uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados.** (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2017, p. 432-433, grifo nosso).

Com isso, embora ainda persista a necessidade de superação da interpretação rígida e estrita do princípio da demanda, importante salientar que essa maior liberdade e flexibilidade, conferidas ao julgador, não podem significar, contudo, uma total ausência de correlação entre o que é pedido e o provimento judicial (BARCELLOS, 2005). Para Arenhart (2016, p. 211), “[...] não se tolera que a decisão judicial extrapole os limites do ilícito a ser combatido, sob pena de transformar o

magistrado no verdadeiro gestor do órgão ou do ente responsável pela conduta discutida”.

A flexibilização do princípio da demanda, portanto, deve observar a medida necessária para se resguardar a efetividade da prestação jurisdicional almejada, não podendo ocorrer ao simples capricho do magistrado (BARCELLOS, 2005). Entender diferentemente seria pôr em risco um dos pilares do direito processual e da própria separação entre os poderes, qual seja, o princípio da inércia do Poder Judiciário (BARROSO, 2011).

Nesse ponto, Arenhart (2016) ressalta que os limites da atuação do juiz serão dados pela devida fundamentação da sua decisão, com base no escopo de efetividade do direito que se pretende tutelar, legitimando democraticamente o atuar judicial, devendo também ser considerada a capacidade de autocontenção do julgador, cabendo ao STF, enquanto Corte Constitucional incumbida, entre outras funções, traçar os próprios limites da intervenção judicial na esfera de atuação dos demais Poderes, coibir eventuais abusos e evitar a possível distorção na atuação judicial, por meio de decisões estruturantes, em respeito à separação dos poderes.

Com isso, a acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos da relação jurídica é uma das características das decisões estruturais, devendo-se mais ao fato do seu objeto, ou seja, as políticas públicas, do que propriamente às suas características técnicas. Portanto, apenas pelo fato de a decisão decorrer de problema estrutural, não significa, necessariamente, uma maior interferência do Poder Judiciário na seara dos demais poderes, mas sim que tal forma de decidir é a mais adequada para a prestação jurisdicional, visando à efetividade dos direitos fundamentais (CHAGAS *et al.*, 2019).

Assim, uma decisão que não se reveste das características de uma decisão estrutural, embora tecnicamente mais simples, pode representar uma intervenção tão ou mais invasiva às competências dos demais Poderes do que uma decisão tida por estrutural. Em síntese, podemos afirmar que não há, necessariamente, uma correlação entre maior interferência e decisão estrutural, o que há é que o objeto da decisão estrutural, que pode ser o mesmo de uma decisão “comum”, representa, por si só, a ingerência do Poder Judiciário nos outros poderes da República (COTA; NUNES, 2018).

Em superação às formas tradicionais de intervenção processual, é necessário pensar em novas formas de participação dos sujeitos do processo, diante

da complexidade das matérias postas sob apreciação judicial e do potencial atingimento de número significativo de pessoas. Para além dessa reconfiguração da noção de contraditório, também persiste a necessidade de reformulação de elementos, como a adstrição da decisão ao pedido, a limitação do debate aos contornos da causa de pedir, a dimensão da prova, a amplitude do direito ao recurso e os limites da coisa julgada, para uma efetiva adequação do procedimento ao conceito de processos estruturais (CHAGAS *et al.*, 2019).

Com essas considerações a respeito da atuação do Poder Judiciário, podemos delimitar que, em tempos de pandemia, a principal preocupação das autoridades sanitárias é a ausência de uma estrutura para o tratamento, já que a equipe de profissionais de saúde e a quantidade de equipamentos nem sempre se mostram suficientes para atender à crescente demanda da população, a qual, muitas vezes, acaba judicializando o direito à saúde (SANTOS, 2021).

É certo que é preciso garantir o direito à vida, considerando que viver dignamente, mesmo em períodos como este, não significa apenas sobreviver, ou seja, o mínimo existencial deve ser analisado em harmonia com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET; FIGUEIREDO, 2013). Não se pode confundir as necessidades humanas com a simples existência humana. A proteção aos direitos fundamentais exige o dever de respeito, proteção e promoção e o Estado não pode violar nem permitir sua violação, além de ter, como obrigação, de proporcionar condições básicas para o pleno exercício deles (MARMELESTEIN, 2015).

Neste contexto, quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde, importante consultar a decisão proferida na ADPF nº 45/DF, em que se entendeu pela legitimidade da intervenção do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos. Na análise deste julgado, entendemos que o Poder Executivo não age na implementação dos serviços de saúde com discricionariedade ampla, tendo em vista a existência de dispositivos constitucionais que, se não efetivados, caracterizarão patente abuso governamental, consistente em grave omissão constitucional ou, ainda, prestação deficitária do direito almejado pelo cidadão, justificando possível intervenção do Poder Judiciário para saná-la.

Voltando-se os olhos para o direito fundamental social da saúde, há farta jurisprudência do STF sobre o tema, uma das quais diz respeito à possibilidade de o Poder Judiciário obrigar a Administração Pública a manter quantidade mínima de determinado medicamento em estoque, tendo se manifestado a Suprema Corte da

seguinte forma:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE. DOENÇA DE GAUCHER. QUESTÃO DIVERSA DE TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. SOBRESTAMENTO. RECONSIDERAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER. PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] II - No presente caso, o Estado do Rio de Janeiro, recorrente, não se opõe a fornecer o medicamento de alto custo a portadores da doença de Gaucher, buscando apenas eximir-se da obrigação, imposta por força de decisão judicial, de manter o remédio em estoque pelo prazo de dois meses. [...] IV – **O exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes.** Precedentes. V - **O Poder Público não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.** Precedentes. VI – Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Verificamos que não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes quando da atuação do Estado-Juiz, pois, ao decidir, o Poder Judiciário não está determinando metas nem prioridades do Estado, muito menos interferindo na gestão de suas verbas. O que se está fazendo é controlar os atos e serviços da Administração Pública que, no caso em análise, atua de modo ilegal e abusivo, já que, mesmo o Poder Público se comprometendo a adquirir os medicamentos, há falta em seu estoque, ocasionando graves prejuízos aos pacientes e autorizando, por via de consequência, a atuação do Poder Judiciário.

Em consonância com o entendimento da Suprema Corte, o STJ, na mesma esteira, utilizando-se da técnica de decisão dos recursos repetitivos, orientou-se, no REsp nº 1.069.810/RS, no sentido de que o juiz, ao julgar procedente o pedido de ação para fornecimento de medicamentos, poderá determinar o bloqueio e sequestro de verbas públicas em caso de descumprimento da decisão. Assim, conforme o STJ, quando a questão se relacionar com o fornecimento de medicamentos, caberá ao juiz adotar as medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar o sequestro de valores, ou seja, o bloqueio de verbas do ente público, segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com a necessária fundamentação.

O Poder Público, em qualquer esfera institucional de atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar negligente com o problema da saúde da população, especialmente no contexto da pandemia da COVID-19, sob pena de incorrer, ainda que por reprovável omissão, em grave comportamento violador da CF de 1988, resultando na necessidade de intervenção do Poder Judiciário para o seu

saneamento.

Discorrendo sobre o tema, o entendimento da doutrina majoritária é que não é indevida a interferência de um poder sobre o outro, sendo possível a atuação do Estado-Juiz na busca da realização dos direitos fundamentais sociais em cumprimento ao seu dever de obedecer às normas constitucionais, de modo que “[...] ao impor a satisfação do direito à saúde no caso concreto, em um número significativo de hipóteses, não exerce senão o controle judicial dos atos e omissões administrativas” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 639).

Com isso, o que há é a efetivação de uma política pública já contida no corpo da Constituição, em que o Estado-provedor é ausente ou atua mal em seu dever de prestar um serviço público de qualidade para a população, sendo necessária, nessas demandas estruturais e nesse “estado de coisas” que se apresenta, a prudente intervenção do Judiciário para sanar essa letargia do Poder Público, fazendo valer a força dos direitos constitucionais.

Neste sentido, o Juiz de Direito do Ceará, Dr. Emílio de Medeiros Viana, em sua tese de mestrado, ao tratar do controle judicial das políticas públicas, afirma que:

O reconhecimento de plena normatividade do texto constitucional, o destaque da importância dos princípios nele inseridos, o estudo das peculiaridades de aplicação de tais princípios, a influência, enfim, das correntes neoconstitucionalistas dentre nós, erigiram o Poder Judiciário a situação de proeminência. (VIANA, 2010, p. 32).

Na esteira do aduzido pelo mestre, é correto afirmar que o Poder Judiciário é legitimado a intervir nas situações de omissões inconstitucionais do Poder Público, ainda que se trate de possível ativismo judicial, conforme posto na pesquisa em análise, na qual considera que “algum grau de ativismo judicial é indispensável à plena efetivação do Texto Constitucional”.

Concluimos, portanto, com tranquilidade, que a Reserva do Possível não pode ser oposta ao mínimo existencial da saúde, bem como é legítima a intervenção do Poder Judiciário para concretizar esse direito constitucional. Para além disso, com o intuito de buscar uma solução para as graves e sistemáticas violações ao direito à saúde, analisamos no próximo tópico a decisão do STF na ADPF nº 347/DF, julgada em 9 de setembro de 2015, que trata do ECI no sistema carcerário brasileiro, cuja aplicação, como se demonstraremos, é perfeitamente possível no âmbito das demandas estruturais do direito à saúde, a fim de que se chegue a uma

macrossolução (sistemática) no âmbito sanitário, conforme analisou o doutrinador e Juiz Federal George Marmelstein (2015), em estudos preliminares em sua página na *Internet*.

4.4 Do Estado de Coisas Inconstitucional do direito à saúde no contexto da pandemia da COVID-19

Como consequência da abertura do texto constitucional e da maior liberdade e importância conferidas ao julgador pela técnica da ponderação de interesses, de amplíssima aplicação pelos juízes e largamente reconhecida pela doutrina como a adequada para a aplicação de norma jurídicas caracterizadas como princípios, para cuja aplicação a mera técnica da subsunção não se revela suficiente, temos um agigantamento do papel do Poder Judiciário no espaço de decisão política (CHAGAS *et al.*, 2019). Esta é, hoje, uma realidade dada tanto à luz da jurisprudência do STF quanto da própria prática política cotidiana, considerando-se todos os seus atores (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

No âmbito da doutrina pátria, há diversos questionamentos acerca do ativismo judicial, em relação a forma como é praticado no Brasil, já que o controle jurisdicional de políticas públicas representa fatos de inquestionáveis ocorrências, conforme aduz Arenhart (2016), mas não totalmente capazes de balizar decisões e, sobretudo de parametrizar condutas da Administração, de forma a tornar cogentes as posturas de fornecimento de medicamentos conforme as previsões normativas.

Na doutrina de Didier Junior e Zaneti Junior (2017, p. 36), no âmbito da implementação e aplicação de políticas públicas, a complexidade da matéria torna necessária a migração de um modelo de atuação judicial meramente responsivo e repressivo, caracterizado por ser posterior aos fatos já ocorridos para aplicação da norma jurídica, “[...] para um modelo resolutivo e participativo, que pode anteceder aos fatos lesivos e resultar na construção conjunta de soluções jurídicas adequadas”.

Com efeito, referida mudança é compatível com as diretrizes do CPC de 2015 e, igualmente, faz-se necessária diante da sindicabilidade judicial de políticas públicas, por meio de ações coletivas, que é, como afirmado, “uma realidade consolidada no âmbito da jurisprudência”. Não se trata de negar o papel e a relevância do processo ‘comum’, individual, nos moldes tradicionais, como instrumento primordial para a garantia e promoção dos direitos fundamentais, uma vez que há espaço para

os provimentos jurisdicionais que advenham de tais demandas, ante à real possibilidade de lesão a um direito fundamental, a atingir um indivíduo determinado, passível, portanto, de reparação mediante ação individual (BARROSO, 2017).

Por seu turno, Didier Junior e Zaneti Junior (2017) apontam vantagens da noção experimentalista e das medidas estruturantes que permitiriam, a um só tempo, o conhecimento colaborativo do problema pelas partes e pelo juiz (*colaborative learning*) e uma maior responsabilização e legitimação democrática (*democratic accountability*), visando à efetivação da decisão judicial (CHAGAS *et al.*, 2019).

Sem embargos dos benefícios das decisões estruturantes, é sabido que a realidade que se apresenta na jurisprudência brasileira é a de um grande número de demandas individuais por bens e serviços de saúde em face do Estado, com uma altíssima taxa de sucesso, conforme coleta de dados oriunda do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2019), de onde se verifica que a argumentação jurídica que serve de fundamento para tais decisões é, singelamente, a concepção da saúde como um direito fundamental a justificar a satisfação de todas as necessidades.

Diante da quantidade de processos individuais judicializando o referido direito à saúde, o que se tem percebido na prática forense são as microdecisões a respeito do tema saúde, ou seja, evidencia-se grande número de decisões judiciais para assegurar o direito à saúde, do ponto de vista individual, conforme julgados já analisados no decorrer deste trabalho. No entanto, por outro lado, são diversos os mecanismos para ensejar o efeito coletivo dessas ações, a proteção de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, a exemplo das ações civis públicas, que podem ser movidas pelo Ministério Público.

Igualmente, mesmo as demandas individuais podem propiciar efeito coletivo para todas as pessoas que estejam em semelhantes condições, a exemplo da edição de súmula vinculante, pelo STF, nas hipóteses de demandas repetitivas, em que a decisão suprema vincularia os demais órgãos do Poder Público, aplicando-se a todas às pessoas, independentemente de terem sido partes na ação originária. Não obstante os meios citados, que apresentam feição coletiva em seu julgamento, a técnica de decidir referente ao ECI vai além, uma vez que, se assim não fosse, não constituiria novidade a ser utilizada pelo STF no julgamento da ADPF nº 347/DF, a qual foi deferida, em parte, em sede de liminar, na questão em que se discutia a crise do sistema carcerário brasileiro.

O que buscamos neste tópico, portanto, é fazer uma analogia entre o que

foi utilizado na ADPF nº 347/DF, concernente à caótica situação no sistema carcerário pátrio, e o problema estrutural da judicialização do direito à saúde no Brasil, que reflete uma verdadeira demanda de massa. Com isso, calha trazer à baila que o mecanismo da declaração do ECI surgiu na Colômbia em 1997, com a chamada “*Sentencia de Unificación* (SU) 559” (COLÔMBIA, 1997), em que a referida decisão colombiana deixou de ser apenas um instrumento individual para conferir feição coletiva a uma demanda subjetiva, tornando-se uma forma mais complexa para a superação de situações de graves e sistemáticas violações de direitos fundamentais, conforme artigo escrito por Campos (2015) sobre a origem do ECI, mais especificamente em relação à *Sentencia de Unificación* (SU) 559, de 1997, quando a Corte Constitucional Colombiana o declarou pela primeira vez e passou a desenvolver e aperfeiçoar o mecanismo em outras decisões similares, como explica o autor:

Na espécie, 45 professores dos municípios de María La Baja e Zambrano tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. **A corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando número amplo de professores além dos que instauraram a demanda. Cumprindo o que afirmou ser um ‘dever de colaboração’ com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos governadores e Assembleias, aos prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias.** (CAMPOS, 2015, p. 3, grifo nosso).

Cabe destacar que, no referido caso, constataram que a falta de cumprimento dos direitos era difundida entre um número indeterminado de profissionais da educação, ou seja, não se limitou apenas aos professores da demanda inicial, bem como que as responsabilidades por estas falhas não eram somente atribuídas a um único órgão ou instituição, mas se tratava de uma questão estrutural.

Ainda conforme decidido na *Sentencia de Unificación* (SU) 559 de 1997 da Corte Colombiana, o caso se tratava de uma insuficiência de políticas gerais de educação originária da desigualdade de distribuição dos subsídios educacionais, prestadas pelo governo central, em benefício das entidades territoriais (CAMPOS, 2019). Importante salientar que, em virtude do reconhecimento do ECI ampliarem por sobremaneira a gama de poderes da Corte Constitucional, a citada técnica decisória deverá ser apenas utilizada em situações excepcionais, de modo que, além da

violação difundida de direitos fundamentais em um contexto estrutural, a intervenção do Tribunal Constitucional também deve se mostrar indispensável para a resolução do quadro calamitoso.

Neste sentido, quando o Tribunal Constitucional declara a existência do eventual ECI, passa a exercer um papel atípico na perspectiva da separação de poderes, já que há uma ampliação das interferências em políticas públicas, necessitando, assim, a ocorrência de parâmetros específicos, de modo que o reconhecimento do ECI, por parte da Corte Constitucional Colombiana, exigiu a presença de determinados requisitos, quais sejam:

a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão de autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos; c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção de políticas públicas existentes, ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário. A mencionada técnica restou aplicada pela Corte Constitucional Colombiana em cerca de 09 (nove) casos, inclusive, dentre eles, a Corte reconheceu em relação ao sistema penitenciário daquele país o “Estado de Coisas Inconstitucional”. Na referida ação, inicialmente, buscou-se resolver as situações específicas das prisões de Bellavista e Modelo, localizadas em Medellín, e Santa Fé de Bogotá, respectivamente. Todavia, a decisão abordou todo o sistema carcerário do país. (CAMPOS, 2019, p. 191).

O ECI, como se observa em sua origem, já buscava um diálogo institucional entre vários órgãos, os quais iriam atuar de forma conjunta para solucionar uma demanda que atingiria um grande número de pessoas. A referida técnica de julgamento foi evoluindo com o tempo e se aperfeiçoando constante e gradativamente para ser melhor utilizada. Neste aspecto, conforme analisou o doutrinador e Juiz Federal George Marmelstein (2015), o modelo do ECI, tal como utilizado na ADPF nº 347/DF, pode ser bastante promissor no Brasil.

Na esteira do declarado no ECI do sistema carcerário brasileiro, há violações generalizadas e sistêmicas de direitos fundamentais causadas pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a atual conjuntura do sistema carcerário, de modo que apenas transformações estruturais na atuação do Poder Público, em conjunto com ações de uma pluralidade de autoridades estatais integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, podem alterar a situação de inconstitucionalidade das penitenciárias do Brasil, conforme o estudo de Campos (2015) sobre a novel ADPF nº 347/DF.

Ao analisarmos parâmetros utilizados pelo STF na já referida ação concentrada, percebemos grandes semelhanças quanto ao caos estrutural existente no sistema de saúde brasileiro, especialmente no contexto das demandas estruturais apresentadas durante a pandemia da COVID-19, vez que há um grande número de pessoas, cujo direito fundamental à saúde é sistematicamente violado, porquanto atingidas pela inércia ou má prestação desse serviço que incumbe ao Poder Público, reclamando, em igual proporção, por soluções estruturais voltadas à formulação e execução de políticas públicas, o que não ocorre por meio das tradicionais decisões de cunho individual.

Assim, por meio da declaração do ECI no âmbito da saúde pelo Poder Judiciário, evoluir-se-á de decisões individuais e pontuais, entendidas como microsoluções, para decisões que envolvam grande número de pessoas, chamadas de macrosoluções, proporcionando, com isso, o benefício de toda a coletividade, de forma ampla e irrestrita, em um processo estrutural, que poderá se utilizar de um serviço público de saúde com qualidade satisfatória, após o diálogo entre os diversos órgãos da República na busca por uma solução comum para o caos estrutural da questão sanitária.

Como ressaltado, um dos grandes pontos positivos dessa técnica de julgamento é o envolvimento de diversos órgãos públicos para efetivar o que ficou decidido em eventual decisão judicial e a sua manutenção em permanente jurisdição quanto ao sentenciado, garantindo-se o efetivo cumprimento do diálogo institucional realizado, não ficando o plano de solução definido apenas no mundo abstrato das ideias. Marmelstein (2015) analisou a decisão tomada na ADPF nº 347/DF, estudando os parâmetros utilizados pelo STF na referida Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e a possível declaração desse ECI, no âmbito da saúde, uma vez que as circunstâncias são bastante semelhantes, conforme as acertadas palavras a seguir transcritas:

[...] se o ECI for declarado, e o plano de ação elaborado e iniciado, os órgãos envolvidos poderiam, em tese, ter um maior controle da situação, favorecendo a racionalidade no processo decisório. Hoje, como qualquer situação de desrespeito à constituição é judicializada de forma isolada, é impossível alcançar soluções sistematizadas, reinando um verdadeiro caos que pode até aumentar o quadro de inconstitucionalidade. **Basta ver o exemplo da judicialização da saúde, em que as microsoluções (caóticas) impedem qualquer planejamento das macrosoluções (sistemáticas). Uma declaração de ECI em matéria de saúde, com a apresentação de um plano de solução global, minimizaria o caos em que se vive hoje, onde qualquer paciente ingressa com ações judiciais para pedir qualquer**

remédio, inviabilizando a construção de um plano racional de longo alcance. (MARMELESTEIN, 2015, p. 3, grifo nosso).

É indiscutível que, para sanar o problema da saúde no Brasil, é necessária uma ação integrada de todos os órgãos responsáveis pela prestação e efetivação desse serviço, como a União, por intermédio do Ministério da Saúde, os Estados e os Municípios, por meio das suas respectivas Secretarias de Saúde, sem esquecer, no âmbito Legislativo, do amparo legal das respectivas ações a serem desenvolvidas neste sentido, tudo com a permanente jurisdição e controle do Poder Judiciário, como se apresenta o modelo do ECI.

Importante ressaltar que, no julgamento da ADPF nº 347/DF, o Plenário do STF entendeu que não se pode substituir o Legislativo e o Executivo na consecução de suas tarefas próprias. Desta forma, embora o Poder Judiciário deva ultrapassar barreiras políticas e institucionais no enfrentamento de possíveis argumentos contrários à sua atuação na realização dos direitos previstos na Constituição, sob o manto de possível violação à separação dos poderes, não deverá ignorar, por outro lado, a função típica de cada Poder constituído no processo de formulação e execução das soluções necessárias ao deslinde da questão posta a julgamento.

Na esteira da decisão liminar do STF, que se mostra como uma macrossolução, não caberia, ao Judiciário, definir o conteúdo próprio das políticas públicas a serem executadas, tampouco outros eventuais detalhes a serem discutidos, tanto que, com base nessas premissas iniciais, alguns pedidos liminares na ADPF nº 347/DF não foram deferidos, pelo menos, nesse estágio limiar do processo, está em trâmite.

Nesta perspectiva, não se pode negar a necessidade de intervenção judicial para solucionar eventuais incapacidades das instituições legislativas e administrativas na realização dos direitos fundamentais sociais. Contudo, tal intervenção deve ser comedida, a fim de que não se ultrapasse a linha tênue do controle de constitucionalidade e legalidade na efetivação das políticas públicas para uma eventual violação à separação dos poderes, haja vista que o Judiciário não pode substituir os demais órgãos da República, conforme a conclusão dos estudos preliminares sobre o instituto do ECI no Brasil:

Não se pode supervalorizar o papel do judiciário na implementação de soluções de largo alcance. **O poder judicial tem uma capacidade limitada de fazer valer os direitos fundamentais, sobretudo quando estamos diante de decisões de alta magnitude, como a que determina o fim das**

violações dos direitos dos presos ou a efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais. Mesmo decisões bem fundamentadas, convincentes e principiologicamente guiadas podem se tornar uma mera folha de papel sem qualquer poder de mudar o mundo se não houver um compromisso mais amplo para fazer valer o direito. Além disso, mesmo que se reconheça um papel restritivo da função judicial no modelo de superação da ECI, é de que se questionar se o judiciário brasileiro tem estrutura para tanto. E não vai ser apenas criando um instituto com um nome bonitinho que conseguiremos transformar a sociedade. A eliminação por completo das violações sistemáticas de direitos depende de fatores que vão muito além do voluntarismo judicial. (MARMELSTEIN, 2015, p. 3, grifo nosso).

A técnica de julgamento do ECI é positiva por ensejar o alcance do plano estratégico de ações a um grande número de pessoas, principalmente no direito à saúde e nas demandas estruturais durante a pandemia da COVID-19, sendo perfeitamente possível a aplicação do instituto do ECI para a seara sanitária. No entanto, é imperativo, para a realização dos objetivos almejados, a participação de todos os órgãos públicos na consecução deste fim comum, sob pena do plano de ações se quedar infrutífero e encarcerado nas boas intenções do mundo das ideias, sem qualquer efeito prático na vida das pessoas, o que, definitivamente, não se deseja.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho buscamos demonstrar a importância das demandas estruturais do direito à saúde, que vai além do simples mínimo vital na esfera individual, postulando-se ações e condições do Poder Público que assegurem a convivência digna do ser humano em sociedade, já que consubstancia um direito fundamental da pessoa, gozando da aplicabilidade imediata que possuem as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF/88).

Ao ser realizado o direito à saúde do indivíduo, estará se cumprindo, na verdade, os mandamentos constitucionais presentes nos art. 6º e 196 da CF/88, que tratam esse direito sanitário como fundamental social, bem como os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Ademais, cabe ao Poder Público o dever de prestar esse direito básico, pertencente à segunda dimensão dos direitos fundamentais, o que exige uma atuação positiva do Estado, especialmente, em processos estruturais de momentos pandêmicos, a exemplo do que ocorreu no contexto da COVID-19, a fim de concretizar a importância axiológica da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A Reserva do Possível, tese jurídica surgida na Alemanha e importada para o Brasil, sem a necessária observância das diversas circunstâncias fáticas existentes nesses dois ordenamentos jurídicos, é constantemente alegada pelo Estado para se furtar do dever de realizar suas obrigações constitucionais. No entanto, tal tese não subsiste quando oposta ao mínimo existencial, consistente no núcleo elementar dos direitos fundamentais.

Embora necessário definir o conceito e a importância do conteúdo do mínimo existencial, a doutrina nacional e a jurisprudência pátria tem se encaminhado para definição casual, ou seja, analisando cada concreto, verificando se o mínimo existencial está sendo cumprido ou não e se norteando pela existência dos três elementos básicos: a necessidade do particular, a distributividade dos recursos pelo Estado e a eficácia do serviço.

Cabe destacar que não se está a eliminar por completo a possibilidade de alegação e prevalência da Teoria da Reserva do Possível, mas sim que, no âmbito de um processo estrutural, referido argumento deva ser analisado de forma sistêmica,

observando se o Estado já presta o mínimo existencial do indivíduo, fornecendo o direito básico à saúde, no âmbito sanitário, para que se possa, então, sustentar a escassez de recursos como limite à prestação de toda e qualquer demanda do direito à saúde. Assim, mesmo com a incumbência de realizar as chamadas “escolhas trágicas” nas demandas estruturais do direito à saúde, o Poder Público terá que atuar na prestação desse direito subjetivo, sob pena de incidir em inaceitável omissão ou ineficiência inconstitucional, passível de perquirição na seara jurisdicional.

Em sendo instigado para atuar na demanda pelo direito à saúde, o Poder Judiciário deverá, em juízo de proporcionalidade, verificar a prevalência de tutela do direito sanitário da pessoa, já que, por vezes, o sujeito que busca uma decisão judicial já esgotou todas as tentativas de conseguir seu objetivo na seara administrativa, seja no tocante ao fornecimento de medicamentos, internação em UTIs para pacientes com COVID-19, custeio de uma cirurgia ou de um tratamento médico, entre outras necessidades existentes nas demandas estruturais do direito à saúde.

Já estando assente a possibilidade de atuação do Poder Judiciário na realização do direito à saúde, o STF já teve a oportunidade de, por diversas vezes, após a realização de audiência pública para tratar do tema, compelir o Poder Público a assegurá-lo, não acatando os diversos argumentos do Estado, fossem eles de ordem jurídica, como a ilegitimidade passiva de parte, ou ordem eminentemente política, como os alegados em sede de suspensão de liminar, a exemplo da grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

Ao revés, o Judiciário vem entendendo pela solidariedade passiva dos entes políticos, de modo que, em regra, qualquer deles, de forma isolada ou conjunta, possui competência e poderá ser demandado para prestar o direito à saúde, sendo claro, no entanto, que tratamentos de maior porte, normalmente, são exigidos de todos os entes de forma conjunta, buscando facilitar a prestação desse direito, a exemplo de a União custear certo tratamento e o Estado, ao receber o repasse da referida verba, executar o que foi determinado na sentença judicial.

Dentre os diversos mecanismos jurídicos susceptíveis de utilização pelas pessoas, no atual Estado Democrático de Direito, destacam-se as tradicionais ações ordinárias individuais, as ações de mandado de segurança, as ações civis públicas, as súmulas vinculantes, dentre outros que, em suma, normalmente se resumem a microsoluções, por suas feições nitidamente individuais, não gerando efeitos práticos na vida social da coletividade.

Com isso, as decisões estruturais se apresentam como alternativa de utilização no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, após o advento do CPC de 2015, inclusive, no que diz respeito à intervenção judicial em políticas públicas, no âmbito da realização do direito à saúde. Com a evolução das técnicas de julgamento, os processos estruturais foram desenvolvidos com o objetivo de realizar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, para concretizar um direito fundamental, efetivar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos.

Desta forma, não basta que se esteja diante de um litígio coletivo, sendo necessário que haja vários interesses concorrentes em jogo e que a decisão seja passível de interferir na esfera jurídica de vários terceiros externos ao processo estrutural. Neste sentido, a partir de um processamento diferenciado, a demanda estruturante poderá produzir efeitos mais eficientes, e a longo prazo, do que a demanda individual, já que pressupõe a análise do problema de forma global e prospectiva, ao invés de um processo bipolar entre partes certas e individuais.

Ademais, além dos efeitos materiais diretos, relativos à resolução do caso concreto, há também os efeitos simbólicos e indiretos, consistentes em instigar a opinião pública para participar do processo democrático, face à gravidade do problema e à necessidade de participação da sociedade civil na questão. Assim, o processo estrutural representa importante técnica para solucionar as violações sistêmicas ao direito à saúde, especialmente, em um contexto de crise de jurisdição, no qual as microdecisões se mostram como insuficientes e ineficientes para a solução do problema, impondo-se, portanto, uma decisão estrutural, através do exercício das capacidades institucionais dos entes envolvidos em um plano estratégico e sob permanente jurisdição, para fins de uma macrojustiça.

Com efeito, a utilização de ações coletivas, através de decisões estruturais, embora não represente a completa superação da via individual, certamente apresenta significativas vantagens, cabendo destacar a maior capacidade de democratização do diálogo entre os gestores públicos e a sociedade organizada, bem como a potencialidade de ser um mecanismo capaz de levar a um efetivo aprimoramento da política pública de acesso ao direito à saúde pela via judicial.

Portanto, para mudar este quadro caótico que experimenta a saúde pública brasileira, em um cenário de graves e sistemáticas violações de direitos fundamentais, surgiu a técnica de julgamento, oriunda da Colômbia, consistente na declaração de ECI. Inobstante a declaração do ECI no Brasil tenha ocorrido na seara do sistema

carcerário brasileiro, nota-se grandes semelhanças quanto aos requisitos ensejadores dessa decisão no âmbito da saúde, uma vez que há uma grande massa de pessoas atingidas pela inércia ou má prestação do direito sanitário no Brasil, gerando um verdadeiro problema estrutural e uma infinidade de ações judiciais que buscam solucionar as defasagens do sistema público de saúde.

Levando-se em consideração que a declaração do ECI gera, como consequência, o diálogo institucional entre as diversas esferas do Poder Público, como o Executivo, Legislativo e o próprio Judiciário, para a consecução de um fim comum, consistente na solução definitiva do problema estrutural posto a julgamento, verificamos que essa técnica de julgamento, permanentemente praticada e executada, poderá ser a grande solução para os problemas estruturais do Brasil, atuando não só no caos do sistema penitenciário ou no caótico sistema da saúde pública, mas em diversos outros setores que, porventura, sofram da mesma sistemática e grave violação aos direitos fundamentais.

Neste contexto, no âmbito das demandas estruturais e da possível declaração do ECI, desponta, com grande importância, o exercício das capacidades institucionais, o qual permitirá um diálogo permanente entre os entes e/ou órgãos responsáveis pela elaboração e execução das políticas públicas tendentes à superação do estado de coisas, bem como o restabelecimento do acesso democrático e igualitário dos direitos, no mais próximo possível das demandas sociais.

Concluimos, assim, que a solução para as demandas do direito à saúde não reside apenas na atuação do Poder Judiciário para compelir os demais órgãos à realização desse direito básico, mas também em uma ação conjunta e integrada de todos os poderes da República, já que o Judiciário possui capacidade limitada para a resolução de todos os problemas sociais, especialmente, no âmbito de uma jurisdição de crise do direito à saúde, caracterizado pela complexidade e multiplicidade das demandas.

Portanto, é fundamental que seja traçado um plano comum por todos os entes e órgãos estatais, os quais estarão submetidos a um constante processo de jurisdição, para que seja garantido o efetivo cumprimento do plano estratégico, na seara do direito sanitário, evitando-se, com isso, eventuais desvios de finalidade ou práticas de corrupção que afetem as boas ideias inicialmente propostas. Assim, esse controle exercido pelo Poder Judiciário se traduzirá, por exemplo, no real controle do repasse de verbas públicas do ente maior para o ente menor, no efetivo gasto dos

recursos no âmbito da saúde, na concreta ampliação e funcionamento dos hospitais públicos, no pleno funcionamento dos equipamentos hospitalares e, principalmente, no elemento humano que irá reger todo esse sistema, devendo haver profissionais qualificados e em número suficiente para atender toda a demanda que se apresenta diariamente no sistema público de saúde.

Salientamos, por fim, que o referido controle judicial, exercido em sede da declaração do ECI, existirá até que a caótica situação da área da saúde venha a se normalizar, com o consequente reconhecimento dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, os quais, a partir de então, não se restringirão apenas a meras recomendações ou orientações, antes constituindo verdadeiras práticas constitucionais concretizadas pelos Poderes Públicos constituídos, fazendo valer, ao final, o postulado maior da República brasileira, qual seja: a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **IV Jornada de Direito Civil**: enunciados aprovados. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2007.

AGRA, Walber de M. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. (orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 423-448.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 18, n. 97, maio/jun. 2016. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/retrieve/105924/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx.pdf. Acesso em: 27 maio 2022.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace;handle/bitstream/handle/10438/24322/O_argum ento_das_capacidades_institucionala.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 27 maio 2022.

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 18, n. 3558, 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24062>. Acesso em: 27 maio 2022.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In*: COUTINHO, Jacinto Mirando; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO,

Ronaldo. (orgs.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 7 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa**. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa**. Brasília, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa**. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.068.731/RS**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 08/03/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865713163/recurso-especial-resp-1068731-rs-2008-0137930-3/inteiro-teor-865713175>. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.069.810/RS** 2008/0138928-4. Relator: Ministro Napoleão Filho. Brasília, 06/11/2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24588336/recurso-especial-resp-1069810-rs-2008-0138928-4-stj/inteiro-teor-24588337>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.185.474 SC 2010/0048628-4**. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 29/04/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399>. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.203.244-SC 2010/01375288**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 17/06/2014. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25136664/recurso-especial-resp-1203244-sc-2010-0137528-8-stj/inteiro-teor-25136665>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AC nº 2.836/SP**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 26/06/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085203/questao-de-ordem-na-medida-cautelar-na-acao-cautelar-ac-2836-sp-stf/inteiro-teor-110524561>. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 04/05/2004. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 153/DF**. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 06/08/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28153.NUME.+OU+153.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/llwbdlj>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 347/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 16/06/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. na SL nº 47/PE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 30/04/2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087061/agreg-na-suspensao-de-liminar-sl-47-pe>. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. na STA nº 278/AL**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 30/04/2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087082/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-278-al>. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. no RE nº 271.286-8/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 24/11/2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI nº 808.059/RS**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 23/08/2010. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15895090/agravo-de-instrumento-ai-808059-rs-stf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 639.337**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 15/09/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 684.445/SP**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 25/05/2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21819484/recurso-extraordinario-com-agravo-are-684445-sp-stf>. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 685.531/AC**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 08/02/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23050644/recurso-extraordinario-com-agravo-are-685531-ac-stf>. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet. nº 1.246/SC**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01/03/1999. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19162349/peticao-pet-1246-sc-stf>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 271.286/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23/08/2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 429.903/RJ**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 14/08/2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25232511/recurso-extraordinario-re-429903-rj-stf/inteiro-teor-133959930>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 607.381 AgR-ED/SC**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 14/08/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=87975297&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 706.931/RN**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20/05/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23284927/recurso-extraordinario-re-706931-rn-stf>. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA nº 175/CE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25/06/2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19135836/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce-stf>. Acesso em: 22 maio 2022.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais da Constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucionais**. 2. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Conjur**, 2015. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn1. Acesso em: 30 nov. 2021.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: um novo modelo de jurisdição. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/publico/Arquivo_completo_pdf.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CHAGAS, Rafael Rezende das. *et al.* Decisões estruturais em demandas judiciais por medicamentos. **Saúde Debate**, v. 43, n. 4, dez. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/wB5xXtK5MdTc88ZvbXYmsnK/?lang=pt#>. Acesso em: 2 maio 2022.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia de Unificación – SU 559**. Bogotá, 06/11/1997. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 2 maio 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil**: Perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: INSPER, 2019.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. **RIL**, Brasília, v. 55, n. 217, p. 243-255, out./dez. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

CUNHA, Beatriz Carvalho de Araújo. Jurisdição constitucional em tempos de crise: equilibrando-se entre a contenção do autoritarismo e o risco do empacotamento. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 4 n. 2, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/218/184>. Acesso em: 25 maio 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. 11. ed. Salvador: JusPODIVM; 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, jan./mar. 2020. Disponível em:

http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio. Decisões estruturantes na Jurisdição Constitucional Brasileira: Critérios Processuais da Tutela Jurisdicional de Direitos Prestacionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 1, p. 211-246, 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218>. Acesso em: 23 maio 2022.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. São Paulo: Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo, 2012. Disponível em: http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência. **Revista USP**, n. 21, p. 12-21, mar./maio, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931/28709>. Acesso em: 25 maio 2022.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GUIMARÃES, Marcia; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. O Direito à Saúde sob a Ótica do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, v. 4, n. 4, p. 574-594, 2013. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/960/Arquivo%2032.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022. em 25/05/2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>. Acesso em: 25 maio 2022.

KANT, I. **Die Metaphysik der Sitten**, in: Kants Werke, Akademie-Ausgabe, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968, vol. VI.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: um necessário estudo dialógico. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro

Universitário Eurípides de Marília, Marília, 2012. Disponível em: https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/850/Disserta%c3%a7%c3%a3o_Rafael%20Jos%c3%a9%20Nadim%20de%20Lazari_2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 maio 2022.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 284, n. 28, p. 333-369, jan. 2018. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2225. Acesso em: 24 maio 2022.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 24 maio 2022.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Multas Tributárias, Proporcionalidade e Confisco. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, p. 63-76, 2012. Disponível em: <https://www.repositoriobib.ufc.br/000032/000032f3.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2022.

MALUSCHKE, Günther. A dignidade humana como princípio ético-jurídico. **Nomos, Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 27, jul./dez., p. 95-118, 2007. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20418/30868>. Acesso em: 25 maio 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? **Direitos Fundamentais**, 2015. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>. Acesso em: 30 nov. 2021.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal

Alemão. In: MARTINS, Leonardo. (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Fundação Konrad-Adenauer, 2005. p. 33-126.

MEIRELES, Edilton; SALAZAR, Rodrigo Andres Jopia. Decisões estruturais e o acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Maranhão, v. 3 n. 2 p. 21-38, 2017.

https://www.researchgate.net/publication/324081712_DECISOES_ESTRUTURAIS_E_O_ACESSO_A_JUSTICA. Acesso em: 30 nov. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

OLIVEIRA, Mario Marrathma Lopes de. Teoria da Reserva do Possível. **Jurisway**, maio, 2014. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13234. Acesso em: 23 maio 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Nova Iorque, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 24 maio 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Folha informativa sobre covid-19**. 2021. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 24 nov. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Daniela da Cunha. O direito à saúde em tempos de pandemia: os desafios e as perspectivas no âmbito da saúde e da economia. **Intraciência**, v. 21, p. 1-14, maio/jun. 2021. Disponível em: https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20210618131053.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-50.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46594/28767>. Acesso em: 25 maio 2022.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. (orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 533-586.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: LEITE, George; SARLET, Ingo Wolfgang. (orgs.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em Homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 9-49.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Direito à Saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UFP, 2003.

SORIA, José Martínez. Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums. **Juristenzeitung**, n. 60, v. 13, p. 644-652, 2005. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20827842>. Acesso em: 2 jun. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Conjur**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 2 jun. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais**

sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 169-213.

TORRES, Ricardo Lobo. **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário:** os Direitos Humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIANA, Emilio de Medeiros. **Políticas públicas e controle judicial:** Ponderação econômica como critério de decisão, para uma atuação judicial social e economicamente responsável. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143638.pdf>. Acesso em: 24 maio 2022.

VILLAS-BOAS, Eduardo da Silva. Escassez, reserva do possível e razoabilidade de expectativas. **Conteúdo Jurídico**, dez. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,escassez-reserva-do-possivel-e-razoabilidade-de-expectativas,47850.html>. Acesso em: 24 maio 2022.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada:** a experiência norte americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/66023/R%20-%20T%20-%20JORDAO%20VIOLIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 maio 2022.