

RACIONALIDADE NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: DO PARADIGMA DA “BIPOLARIDADE OBJETIVA DO MÍNIMO EXISTENCIAL” À INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA DIGNIDADE HUMANA

RATIONALITY IN THE INDIVIDUAL JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH: FROM THE PARADIGM OF THE “OBJECTIVE BIPOLARITY OF THE MINIMUM EXISTENTIAL” TO THE RESTRICTIVE INTERPRETATION OF HUMAN DIGNITY

Sérgio Cabral dos Reis*

RESUMO: É problemática a judicialização da saúde pública quanto aos casos individuais que, invocando diretamente o texto da Constituição, pleiteiam medicamentos não previstos nas listas oficiais ou serviços e procedimentos não planejados administrativamente. Na esfera judicial, invoca-se, habitualmente, o “paradigma do mínimo existencial”, baseado na máxima da “proteção à dignidade humana”, para fazer frente à tese da reserva do possível. Ocorre que esse critério, por ser extremamente genérico e vago, possibilita a existência de decisões arbitrárias. O intuito deste artigo, nessa perspectiva, é aprimorar, conceitualmente, esse parâmetro decisório, para conferir maior racionalidade às decisões, possibilitando maior controle republicano sobre as mesmas.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Saúde Pública. Mínimo Existencial. Dignidade Humana. Bipolaridade Objetiva.

ABSTRACT: The judicialization of public health is problematic in individual cases that, directly invoking the text of the Constitution, plead medicines not foreseen in official lists or services and procedures not planned administratively. In the judicial sphere, the “existential minimum paradigm”, based on the maxim of “protection of human dignity”, is usually invoked to deal with the thesis of the reserve of the possible. It happens that this criterion, being extremely generic and vague, makes possible the existence of arbitrary decisions. The aim of this article in this perspective is to improve conceptually this decision parameter to give greater rationality to decisions, allowing greater Republican control over them.

KEYWORDS: Judicialization of Public Health. Existential Minimum. Human Dignity. Objective Bipolarity.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Do paradigma do mínimo existencial como paradigma dominante: imprecisão de um conceito. 2 Da visão ampliada do mínimo existencial e sua viabilidade por meio de diálogos interinstitucionais. 3 Da “bipolaridade objetiva” do mínimo existencial como critério adequado à tutela judicial de prestações de saúde pública. 4 Da correta compreensão da máxima da “proteção à dignidade humana” na judicialização da saúde pública: perspectiva da “bipolaridade objetiva” do mínimo existencial Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A complexidade das novas relações de convivência na sociedade contemporânea e o despertar da cidadania, por conta da força normativa da Constituição, acarretaram um significativo aumento da litigiosidade, fazendo com que a jurisdição rompesse com o modelo tradicional e passasse a integrar-se mais diretamente no processo social.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Teoria Crítica *en Derechos Humanos y Globalización* pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Professor de Direito Processual Civil da UEPB. Professor de Direito Processual do Trabalho da Unifacisa. Professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT XIII). Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba (ESMA-PB). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado da Paraíba (FESMIP-PB). Professor da Escola Superior da Advocacia da Paraíba (ESA-PB). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba (13ª Região). Endereço residencial: Av. Ingá, 540, ed. Killie de Lamberti, apt. 2201, Manaíra, João Pessoa – PB, CEP 58038-250. E-mail: screis@trt13.jus.br.

Preocupações sociais e inquietações de ordem política, nesse sentido, vêm levando a jurisdição ao desenvolvimento de uma renovada funcionalidade, que tem por bandeira a instrumentalidade do processo e por norte a efetividade do direito material, especialmente dos direitos fundamentais.

A judicialização da saúde pública, nessa perspectiva, termina sendo inevitável, por decorrer do atual modelo constitucional. Os casos mais complexos são aqueles que envolvem medicamentos — normalmente de alto custo — não registrados na ANVISA e os que reivindicam medicamentos com registro, mas ainda não incorporados pelo SUS, sem falar nos procedimentos fora da organização administrativa.

Para esses casos, que são os que dizem respeito às demandas envolvendo prestações não previstas no planejamento governamental e na legalidade ordinária, revelam-se pertinentes os questionamentos principiológicos e estruturais formulados pela doutrina, os quais exigem, por parte da jurisdição, a configuração de um modelo decisório e procedimental que assegure a integridade do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a exigência de respeito à legislação e à separação de poderes, de um lado, e de consideração sobre a organização administrativa, do impacto econômico-financeiro de decisões, de outro, aliada à análise da (in)capacidade institucional do Poder Judiciário para lidar com políticas públicas de saúde e do desnivelamento do acesso à justiça, com quebra da isonomia e do padrão de universalidade exigida nas prestações públicas de direitos sociais, confirmam a tese de que essas prestações de saúde pública caracterizam-se como “litígios estruturais”.

É certo que, diante disso, impõe-se redesenhar um novo modelo de resolução judicial dessas demandas, adaptando-o ao policentrismo de interesses e às outras dificuldades que decorrem da maioria desses processos, mas, atualmente, há um problema urgente a ser resolvido, que é a crescente concessão de liminares.

O entendimento dominante, como se sabe, é no sentido de que a cláusula da reserva do possível só não pode ser invocada pelo governo, quando estiver em jogo a tutela do mínimo existencial. Ocorre que esse critério decisório — não exclusivo, mas essencial no debate —, pelo menos da forma genérica como apresentado pela doutrina e nas decisões judiciais, não se revela adequado, por ser extremamente genérico, propiciando o proferimento de decisões judiciais arbitrárias.

Sendo assim, a proposta deste artigo é sugerir a renovação desse critério, doravante denominado paradigma da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, para, amenizando esse problema da imprecisão conceitual, atribuir maior racionalidade às decisões envolvendo prestações individuais de saúde pública.

Nessa perspectiva, como roteiro de investigação, será estudado, inicialmente, o modelo do “mínimo existencial”, principalmente para demonstrar a imprecisão do seu conceito. Em seguida, no capítulo segundo, pretende-se demonstrar que soluções abrangentes, na temática da judicialização da saúde, somente devem ocorrer por intermédio de litigância coletiva. Quanto à litigância individual, objeto do capítulo seguinte, devem-se observar os parâmetros estabelecidos pelo mencionado paradigma da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”. Como forma de aperfeiçoar o conceito desse renovado critério decisório, pretende-se estudá-lo, no quarto e derradeiro capítulo, em comparação à cláusula geral de promoção da dignidade humana.

1 DO PARADIGMA DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PARADIGMA DOMINANTE: IMPRECISÃO DE UM CONCEITO

Uma parte da doutrina defende que, no momento de decidir, tanto por influência da ideologia conservadora quanto por uma perspectiva utópica de transformação da realidade (FREITAS, 2009, p. 65-69), o juiz deve levar em consideração os valores jurídicos impostos pelos textos normativos eventualmente colidentes com a prestação social (que se deseja concretizar), o que indica que, afinal, trata-se de tarefa de “ponderação” ou “sopesamento” entre os princípios envolvidos.

Essa doutrina sustenta que, a não ser quanto ao mínimo existencial, não se reconhecem direitos sociais definitivos (ALEXY, 2011, p. 512), ou seja, os direitos sociais, a exemplo do direito a prestações de saúde pública, como princípios jurídicos que são, não se submetem à lógica do tudo-ou-nada (ALEXY, 2011, p. 502), “são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários” (ÁVILA, 2010, p. 183-184).

Não se concorda, todavia, com essa visão. No que se refere à tutela do direito a prestações de saúde pública, a genérica tese do mínimo existencial, que prevalece

contemporaneamente na doutrina (SARLET, 2012, p. 253-254; GRINOVER, 2009, p. 57; WATANABE, 2011, p. 18-19), não se revela adequada, seja em sua interpretação restritiva, seja na ampliativa.

O problema começa na imprecisão do conceito de “mínimo existencial”, a qual dificulta a concessão de prestações que observem a universalidade isonômica inerente aos direitos sociais e a uma adequada teoria decisória (FONTE, 2013, p. 215). Na realidade, precisa-se ter cuidado com essa genérica tese do mínimo existencial, pois sua imprecisão pode ser utilizada, para negar a prerrogativa à tutela judicial do direito à saúde.

Ademais, mesmo partindo da premissa de que as normas de direitos sociais também são imperativas, não se pode concluir que, se, em uma determinada situação, não existem maiores restrições, inclusive quanto aos limites orçamentários, dever-se-ia conceder o máximo (possível). Não é o caso, pois, a partir de uma adequada interação entre os sistemas jurídico e político, o máximo prestacional não deve ser concedido pela via judicial decisória, porque o sistema político seria corrompido, se a decisão judicial pretendesse conceder o máximo possível em relação à tutela de direitos sociais.

É preciso, portanto, estabelecer um critério decisório que permita um controle objetivo acerca de seus pressupostos, critério esse que também preserve incólume a cláusula da separação de poderes, mantendo intangível o sistema jurídico. Em outras palavras, mesmo em litígios individuais, em que o eventual contato entre o juiz e a parte atrai forte apelo emocional no momento de decidir, gerando a chamada “justiça de misericórdia” (SABINO, 2016, p. 135-142), revela-se essencial delimitar a atuação jurisdicional nas demandas por prestações de saúde pública, para conferir racionalidade, equilíbrio e eficiência ao sistema.

2 DA VISÃO AMPLIATIVA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA VIABILIDADE POR MEIO DE DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS

Na perspectiva do “mínimo existencial”, pode-se dizer que é possível obter o máximo possível em termos de prestações de direitos sociais, mas em sede de um novo modelo de jurisdição, o dialógico, que, sem ânsia para decisões imperativas, procura lograr solução consensual em processo de natureza coletiva, extraindo o máximo de utilidade da atividade jurisdicional. É por isso que se defende a coletivização das demandas individuais, com a ampliação dos espaços democráticos de debate. É que, nas soluções negociadas coletivamente,

as possibilidades de interpretações que garantam máxima efetividade da Constituição são infinitas, inclusive no que concerne ao critério da universalidade isonômica.

O pensamento jurídico dominante, que, repita-se, refere-se ao genérico paradigma do mínimo existencial como critério adequado à tutela judicial dos direitos sociais, por imposição ideológica do mercado e da desorganização administrativa dos governos, tende a prestigiar apenas os chamados direito civis e políticos. Deve-se adotar, todavia, uma concepção unitária dos direitos humanos, única adequada à complexidade da sociedade contemporânea, reconhecendo entre eles uma unidade de sentido constitucional, uma interligação sistêmica e dialética, a inexistência de diferenças estruturais e uma exigibilidade *prima facie*, sempre dependente das possibilidades reais e jurídicas (SCHÄFER, 2005, p. 70).

Parte da doutrina (SOUSA NETO, 2010, p. 534-535) entende que a atuação judicial na concretização dos direitos sociais circunscreve-se à garantia das condições necessárias ao desenvolvimento do cidadão, não apenas quanto ao mínimo existencial, mas em relação a fatores que permitam a participação de todos quanto à realização de um projeto razoável de vida (autonomia privada) e à formação da vontade coletiva (autonomia pública). Essa regra, naturalmente, aplica-se ao direito à saúde. Ao Estado, em matéria de políticas públicas, não incumbe apenas concretizar o mínimo inerente à vida digna, mas sim, considerando as limitações fático-jurídicas porventura existentes, estabelecer progressivamente a melhoria de condições de desenvolvimento do ser humano, sendo essa a função do Estado pós-moderno.

Esse modelo doutrinário caracteriza o que se denomina, nesta tese, de “concepção ampliativa do mínimo existencial”. Essa perspectiva de análise, todavia, embora correta na perspectiva do direito ao desenvolvimento dos povos (RISTER, 2007; ANJOS FILHO, 2013) e no plano ideal da prestação de políticas públicas (SEN, 2000, p. 18), não se revela adequada para os casos individuais de prestações de saúde pública fora da prévia legalidade ordinária e das listas e prévio planejamento governamental. Nesses casos, é sensível o problema das liminares, e saber, em um caso individual, se a medida proporciona o desenvolvimento das potencialidades humanas, com plenas autonomias privadas e públicas, não é tarefa simples e, o que é mais problemático sob o ponto de vista prático, proporciona um subjetivismo decisório que pode romper com os limites constitucionais em termos de decisão judicial democrática. O “mínimo”, por não ser preciso, pode facilmente se transformar em “máximo” (MAPELLI JÚNIOR, 2017, p. 202). Precisa-se construir, por isso mesmo, um critério decisório que diminua os espaços de discricionariedade e arbitrariedade decisórias.

Essa visão ampliadora do mínimo existencial, todavia, e isto não custa repetir, deve ser utilizada como meta nos diálogos democráticos e interinstitucionais que devem existir em demandas qualificadas como “coletivas” e “estruturais” (VITORELLI, 2018), para se buscar, ao final, uma solução consensual entre todos os envolvidos (COURTIS, 2014, p. 413-414). Essa negociação coletiva, certamente, deve procurar um parâmetro que assegure a universalidade isonômica em relação ao direito à saúde, ou seja, um critério resolutivo que, na prática, amplie o acesso da maior parte da população a outros bens e serviços de saúde (SARMENTO, 2010, p. 411). De forma direta, a visão ampliadora do mínimo existencial deve ser utilizada para resolver ações coletivas envolvendo políticas públicas de saúde, pois potencializam a autonomia dos cidadãos, mas não deve ser um critério utilizado nos casos individuais, que reclamam outro parâmetro decisório.

É certo que deve haver uma mudança cultural que enfatize um raio de ação para além do mínimo existencial, posição juridicamente possível e desejável constitucionalmente no que se refere à atuação administrativa do Estado. Em outras palavras, na prática, deve-se procurar a máxima eficácia dos direitos sociais, pois não se pode criar hierarquia entre os direitos fundamentais, cuja concepção deve ser formada pela noção de indivisibilidade. Ao Estado, para não incorrer em inconstitucionalidades, incumbe criar condições de efetivo exercício de liberdade, contexto em que a efetivação dos direitos sociais se apresenta como inafastável, já que propicia o desenvolvimento integral da cidadania, ou seja, prepara e condiciona o cidadão para a vida democrática, possibilitando o exercício de suas potencialidades.

Dessa forma, para que não haja retrocesso quanto à dimensão transformadora da realidade social inerente à jurisdição contemporânea, revela-se imprescindível uma postura emancipatória em relação ao mínimo existencial, de viés neoliberal, assegurando aos membros da coletividade, na maior medida do razoável e juridicamente possível, um considerável acesso igualitário aos bens necessários ao desenvolvimento de suas habilidades, para poder participar, com capacidade real de influência, dos debates democráticos travados na arena pública.

Defende-se, por esses aspectos, o fomento de uma renovada cultura administrativa e governamental para além do mínimo existencial, de modo que as promessas constitucionais venham a se tornar realidade, potencializando o exercício da cidadania ativa, tudo sem prejuízo à democracia representativa e à separação dos poderes. No que se refere às decisões judiciais (solução adjudicatória), entretanto, essa perspectiva não se revela constitucionalmente desejável, por acarretar um estranhamento entre os poderes estatais.

É correto, dessa forma, que se pode pensar em um horizonte ampliativo, contudo, no que se refere à tutela do direito fundamental a prestações de saúde pública, apenas quando se estiver na perspectiva de uma solução consensual, principalmente por intermédio de uma ação coletiva, a partir de diálogos interinstitucionais perante os quais serão avaliadas as condições fáticas e jurídicas acerca da efetividade da proposta (SILVA, 2009, p. 205).

Não pode haver proteção individual ou coletiva insuficiente, mas é possível atingir, mediante diálogos entre as instituições e sujeitos envolvidos, uma medida de transformação social (SARLET, 2017, p. 210, 218, 225, 227-228 e 230). Fora dessa hipótese, todavia, precisa-se de prudência, para não se incorrer em ativismo judicial antidemocrático (ABBOUD, 2018, p. 1154), ou seja, se a solução for decisória — fora de uma perspectiva de consenso entre as instituições envolvidas no processo coletivo —, deve-se buscar a medida que melhor otimize o direito à saúde dentro das condições fáticas e jurídicas que lhe são impostas (ALEXY, 2011, p. 90-91). É o que se tentará desenvolver nos tópicos que se seguem.

170

3 DA “BIPOLARIDADE OBJETIVA” DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO ADEQUADO À TUTELA JUDICIAL DE PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA

Se, provavelmente, a judicialização da saúde pública tem como causa o mau funcionamento do sistema político, em que os cidadãos poderiam exigir de seus legítimos representantes fiscalização efetiva e prioridades nas escolhas orçamentárias e nas ações de governo sobre políticas públicas de saúde, pode-se dizer que a sua consequência atual mais marcante é a crescente concessão de liminares pelos juízes, principalmente nos casos individuais que, invocando diretamente o texto da Constituição, pleiteiam medicamentos não previstos nas listas oficiais ou serviços e procedimentos não planejados administrativamente.

Pode-se dizer que existem três espécies de demandas por prestações de saúde pública: a) as que envolvem medicamentos não registrados na ANVISA (Agência Nacional de



Vigilância Sanitária), tema já enfrentado pelos tribunais superiores (STJ¹ e STF²); b) as que reivindicam medicamentos com registro, mas não incorporados pelo SUS (Sistema Único de Saúde), tema que também tem precedente do STF³; e c) as que pleiteiam tratamentos incorporados ao SUS, mas não chegaram ao paciente por má gestão administrativa.

São esses casos que inspiraram esta pesquisa, com especial destaque para os dois primeiros, que são mais complexos e não raramente resultam em abalo na relação interinstitucional entre a jurisdição e o governo. Quanto ao terceiro, ou seja, das demandas judiciais que versam sobre serviço ou medicamentos prometidos pelo sistema, a solução é relativamente simples, pois basta que a jurisdição faça valer os princípios da isonomia e legalidade.

Tem-se defendido “o mínimo existencial correspondente ao núcleo essencial dos

¹ O STJ — Tema 106 de Recurso Repetitivo (REsp n.º 1.657.156) —, em 2018, decidindo sobre a obrigatoriedade, ou não, de o Poder Público fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, fixou a seguinte tese: “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.”

² O STF, por sua vez, em 2019, também enfrentou a temática que trata de medicamentos “não registrados na ANVISA”, tendo como foco o controle sanitário, segurança e eficácia de fármacos não disponíveis no mercado brasileiro. Nesse julgado — Tema 500 de Repercussão Geral (RE 657.718) —, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n.º 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.” Assim, conforme o STF, a regra é que não existe obrigação do Poder Público dispensar medicamento não registrado na ANVISA. Ademais, também restou definido que, preenchidos os requisitos para determinação judicial de fornecimento do medicamento, o ente público que deverá arcar com os custos é a União. Definiu-se, finalmente, que tratamentos não realizados no Brasil também não podem ser custeados pelo Poder Público.

³ Ainda faltava decidir a respeito da questão dos medicamentos de alto custo, fármacos “registrados na ANVISA”, portanto disponíveis no mercado brasileiro, mas não incorporados à política pública de dispensação gratuita do SUS, e, particular, no dia 11/03/2020, o STF — Tema 006 de Repercussão Geral (RE 566.471) — também definiu que não existe, para o Poder Público, a obrigação de fornecer medicamentos não constantes das listas de dispensação do SUS. Excepcionalmente, todavia, é possível, desde que sejam satisfeitas as seguintes condições: a) quando houver comprovação de hipossuficiência financeira; b) quando houver laudo médico comprovando a necessidade do medicamento; c) quando os laudos forem elaborados por perito de confiança do magistrado (ou pelos núcleos judiciais de saúde instaurados em alguns tribunais); d) quando os laudos estiverem fundamentados na medicina baseada em evidências científicas; e) quando houver prova de que não há substituto terapêutico ou mediamente similar já dispensado pelo SUS; f) quando o medicamento esteja em análise para incorporação ao SUS e o prazo para análise tenha extrapolado. Assim, excepcionalmente, é possível que algum cidadão possa receber um medicamento de alto custo que não consta na lista.

direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública” (BARROSO, 2017, p. 290).

Observe-se que essa genérica tese do mínimo existencial parece ser a tendência legislativa, inclusive com suporte na dignidade da pessoa humana. No particular, preconiza o art. 7º do Projeto de Lei (PL) nº 8.058/2014⁴, que pretende instituir o processo especial para o controle das políticas públicas e sua intenção pelo Poder Judiciário:

Art. 7º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6º.
Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

Nessa perspectiva, “*mínimo existencial* é o conteúdo mínimo dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, que permite justiciabilidade imediata” (COSTA, 2017, p. 400). Há, conforme a doutrina (TORRES, 2009, p. 90-94), teorias absoluta, relativa e intermediária acerca do mínimo existencial. Pela teoria absoluta, não há exceção: enquadrada a situação no mínimo existencial, deve-se deferir a medida judicial pleiteada. Se o medicamento pleiteado, por exemplo, estiver na listagem do SUS, a tutela judicial é medida que se impõe. A teoria relativa, por sua vez, advoga a tese de que não é possível saber aprioristicamente o conceito de mínimo existencial, o que só pode ocorrer por intermédio da máxima da proporcionalidade, ponderando (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito), no caso concreto, a viabilidade da medida judicial. Finalmente, para a teoria intermediária ou mista, algumas situações não podem ser excepcionadas da tutela judicial do mínimo existencial, ao passo que, para outras, podem.

Todavia, propõe-se, neste estudo, pelos motivos expostos, uma alternativa à genérica tese do mínimo existencial, pelo menos no que concerne à tutela individual do direito a prestações de saúde pública. Já se pensou, anteriormente, em sua superação (REIS, 2014, p. 276-290), mas, revendo essa posição, considera-se que essa expressão encontra-se consagrada na doutrina e jurisprudência, e o que se precisa, na realidade, é de uma remodelação do conceito para a realidade brasileira, a fim de permitir maior controle quanto à sua aplicação. Nesse

⁴ Para consulta, Cf. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918

sentido, essa alternativa conceitual não deve ostentar os mesmos problemas identificados acima, especialmente quando o conceito proposto no PL n° 8.058/2014⁵ revela-se demasiadamente vago e abstrato.

A tese, que envolve essencialidade da pretensão, pode ser separada da seguinte forma: a) o juiz só pode decidir nas situações em que o diálogo processual não seja possível, isto é, nas situações de extrema urgência em relação à saúde dos jurisdicionados; b) o deferimento da medida de urgência satisfativa deve centrar-se, ao lado dos demais parâmetros decisórios — que não foram estudados neste texto —, na possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação à saúde dos jurisdicionados, inclusive quando o caso envolver prestações atípicas. “Prestações atípicas”, em matéria de saúde pública, são produtos e serviços que não fazem parte das atribuições legais sanitárias. São exemplos colhidos na jurisprudência: a) absorvente; b) achocolatado; c) adesivo; d) adoçante; e) água (de coco e mineral); f) álcool etílico; g) amido de milho; h) antisséptico bucal; i) bebida baseada em soja; j) colchão; k) condicionador; l) farinha; m) filtro de água; n) fraldas variadas; o) hidratante; p) lanceta para coleta de sangue capilar; q) leites variados; r) óleos; s) pilhas; t) órteses e próteses; u) sabonetes; v) xampu; x) travesseiro (MAPELLI JÚNIOR, 2017, p. 142-144). Logo, se não há possibilidade de causar dano irreversível ou de difícil reversibilidade, a medida pleiteada deve ser indeferida; c) fora das situações de urgência, somente é possível julgar a causa e proferir sentença condenatória, caso todos os parâmetros decisórios estejam presentes, o processo, em princípio, tenha sido coletivizado, e tenham sido esgotadas todas as tentativas de solução consensual; d) é possível também deferir a medida, especialmente nas situações de urgência envolvendo doenças raras ou genéticas, quando a decisão acarretar significativa qualidade de vida para o jurisdicionado.

Há, como se observa, duas perspectivas para o mínimo existencial: uma “negativa”, relacionada à análise das consequências para o jurisdicionado, caso a medida seja rejeitada, e outra “positiva”, que deve ser verificada, pela via oposta, considerando as consequências decisórias, na hipótese de deferimento (REIS, 2018).

Na primeira perspectiva, o juiz deve responder à seguinte indagação: “caso a tutela seja negada”, o jurisdicionado sofrerá, comprovadamente, dano irreparável ou de difícil reparação em sua saúde? Se a resposta for positiva, a medida inibitória deve ser deferida, desde que,

⁵ Para consulta, Cf. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918



naturalmente, preenchidos os demais parâmetros decisórios. Na segunda perspectiva, a indagação tem direção oposta: “se a tutela for deferida”, o jurisdicionado terá aumento significativo em sua qualidade de vida? De igual forma, se a resposta for positiva, o pedido deve ser atendido. Essa segunda visão do fenômeno normalmente se destina ao jurisdicionado portador de doença rara, crônica ou genética (REIS, 2018).

Essas duas perspectivas — polos “negativo” e “positivo” — formam o que se chama, neste estudo, de “bipolaridade do mínimo existencial”, conceito esse que, superando as críticas principiológicas e institucionais contra a judicialização da saúde pública, considera o direito à prestação de saúde suscetível a ser, desde logo, atendido pelo Estado como ação ou serviço de acesso universal e igualitário.

Observa-se, neste momento, que a fixação de critério objetivo, para o deferimento de medida judicial em demandas de saúde pública, acarretará efeitos jurídicos e políticos. Juridicamente, como já se ressaltou neste estudo, o critério apontado acima acarretará maior racionalidade decisória e, com efeito, possibilitará um controle mais efetivo e concreto das decisões judiciais, que não poderão mais utilizar fórmulas retóricas e abstratas desconectadas dos fatos da causa.

Ademais, conferindo maior segurança jurídica à judicialização da saúde e não sendo o caso de vedada proteção insuficiente (BERIZONCE, 2010, p. 55-56), esse critério restritivo dificilmente acarretará a suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público. O instituto encontra-se disciplinado em diversos dispositivos e diplomas normativos, a exemplo do art. 12, § 1º, da Lei nº 7.347/1985⁶, do art. 4º da Lei nº 8.437/1992⁷ e do art. 15 da Lei nº 12.016/2009⁸. Esse regramento aplica-se à tutela provisória contra a Fazenda Pública, por incidência do art. 1º da Lei nº 9.494/1997⁹ e do art. 1.059 do CPC¹⁰. É que o pressuposto da urgência decisória, se devidamente comprovado, revelar-se-á insuperável e impedirá o provimento desse incidente cautelar (CUNHA, 2016, p. 606), pois, diante da necessidade de tutela da própria dignidade do paciente, provavelmente não haverá que se falar em grave lesão à saúde e à economia públicas (VENTURI, 2017, p. 215 e 222).

Constata-se que, enquanto nas demandas individuais é preciso que o governo demonstre

⁶ Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm

⁷ Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18437.htm

⁸ Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm

⁹ Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm

¹⁰ Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

e comprove a existência de concreto risco de lesão ao interesse público (RODRIGUES, 2017, p. 181-182 e 240), para que a decisão tenha sua execução suspensa, nas demandas coletivas, a perspectiva se inverte, pois, em uma espécie de cautela inversa (VENTURI, 2017, p. 407-408), se restar demonstrado que há risco de graves danos irreparáveis ou de difícil reparação à saúde da coletividade, a decisão judicial deve ter a sua eficácia mantida. O mesmo raciocínio, aliás, deve ser estabelecido para a hipótese de a decisão acarretar significativo aumento da qualidade de vida à parte da população portadora de doença rara ou genérica.

Por outro lado, impõe-se notar que o critério proposto acima, o da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, acarretará, sob a perspectiva política, um novo arranjo social. É que a sociedade civil, percebendo que o Poder Judiciário não solucionará todos os seus problemas na área de saúde pública, naturalmente deverá se mobilizar, para pressionar o governo por melhorias na prestação dos serviços na arena própria, que são os palcos políticos. Nesse sentido, a sensível questão da saúde pública, por intermédio desse novo critério de racionalidade decisória, contribuirá, em certa medida, para a reorganização do arranjo democrático (LEITE, 2014, p. 23 e 25), estimulando o exercício de cidadania ativa, vigilante e engajada quanto à fiscalização das omissões governamentais.

É lógico que, como é próprio da linguagem, há também vagueza, imprecisão e ambiguidade em expressões como “grave dano”, “difícil ou impossível reparação”, “dano irreversível” ou “melhorar substancialmente a qualidade de vida do jurisdicionado”, mas também é certo que esses aspectos de insegurança são bem menores do que a concepção que não delimita minimamente o conceito de “mínimo existencial”.

Nessa perspectiva, impõe-se ao juiz delimitar, na decisão (art. 489, § 1º, do CPC¹¹), qual foi o dano evitado, a probabilidade de sua ocorrência e as características que o qualificariam, no caso, como irreversível. Da mesma forma, nos fundamentos da decisão, se for o caso, devem constar os aspectos da qualidade de vida do jurisdicionado os quais, a partir da medida, seriam potencializados como também os elementos mínimos de prova nesse sentido. Esses aspectos, não custa insistir, tornam a decisão mais racional e controlável, evitando decisionismos subjetivistas.

É notório que o “paradigma da bipolaridade objetiva do mínimo existencial” não deve ser analisado isoladamente. Outros aspectos devem ser aferidos na demanda individual, a

¹¹ Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

começar pela análise da real existência de recursos disponíveis e do impacto ou das consequências financeiras da decisão sobre a continuidade na prestação dos serviços públicos de saúde da localidade. Por outro lado, impõe-se ao juiz verificar se o contexto da prestação pretendida atentará contra o ideal de universalização e igualdade inerente aos direitos sociais. Ademais, deve o juiz aferir se o jurisdicionado dispõe de recursos próprios para arcar com o tratamento, pois, como o orçamento estabelece um limite, as prestações do sistema público de saúde devem ser priorizadas para os cidadãos economicamente hipossuficientes. Na mesma linha de raciocínio, deve o juiz dar preferência ao tratamento fornecido pelo governo, se for menos custoso aos cofres públicos. Dessa forma, o juiz deve dar preferência ao procedimento ofertado pelo governo, prestigiando-o em sua aptidão técnica, inclusive no que se refere à comprovação de eficácia da prestação pretendida, atestada pelo órgão oficial. Enfim, são diversos os fatores racionais que devem ser enfrentados pelo juiz no momento da decisão, principalmente fundada no imperativo da urgência.

Impõe-se reafirmar que esses parâmetros decisórios devem ser aferidos, inclusive, se for o caso, com o auxílio das novas tecnologias da informação (dados estatísticos, jurimetria etc.), nas hipóteses em que o diálogo interinstitucional esteja inviabilizado, normalmente por se tratar de uma situação de urgência em relação à tutela da saúde do jurisdicionado. Nesses casos, não se pode mais duvidar de que as tutelas sumárias de direito não se revestem mais de posição de excepcionalidade no sistema jurídico. Para as tutelas satisfativas, que podem ser viabilizadas pela técnica antecipatória, inclusive com possibilidade de estabilização, a busca pela coisa julgada material já não é mais uma imposição. Além disso, a possibilidade de obtenção de um provimento fundado na urgência faz parte da noção mínima de justo processo, constituindo uma garantia do cidadão também contra a Fazenda Pública, especialmente quando envolver a proteção da sua saúde.

176

4 DA CORRETA COMPREENSÃO DA MÁXIMA DA “PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA” NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: PERSPECTIVA DA “BIPOLARIDADE OBJETIVA” DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Observe-se também que, como a doutrina tem defendido que “o mínimo existencial está no cerne da dignidade humana” (BARROSO, 2013, p. 87; BITENCOURT NETO, 2012, p. 160), é importante também agregar uma concepção minimamente objetiva da própria noção de

dignidade humana a essa nova visão do mínimo existencial em matéria de judicialização da saúde pública. Em outras palavras, como se trata de fundamento recorrente dos julgados que tutelam judicialmente prestações de saúde pública, revela-se essencial fixar uma interpretação adequada da cláusula da proteção à dignidade humana. Afinal, uma determinada ordem jurídica, para vencer o teste de legitimidade substancial, deve priorizar a pessoa em detrimento do Estado (MITIDIERO, 2017, p. 25).

Trata-se de “princípio” (SARMENTO, 2016, p. 99) normativamente protegido na esfera internacional (RAMOS, 2017, p. 76-77) e base axiológica da democracia (RABENHORST, 2001, p. 46-49), que reclama, como preleciona Nussbaum (2013, p. 197), consideração e respeito à pessoa humana independentemente de sua capacidade e condição (física, psicológica, econômica etc.). Todavia, esse espectro normativo da dignidade humana tem conteúdo relativamente indefinido.

Ilustrativamente, observa-se que, para José Afonso da Silva (1998, p. 92), a dignidade da pessoa humana é o valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, ou seja, trata-se do epicentro axiológico da ordem jurídica. Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 105-147), por sua vez, compreende o conteúdo da dignidade da pessoa humana a partir de quatro princípios: a) igualdade; b) integridade física e psíquica; c) liberdade; d) solidariedade. Luís Roberto Barroso (2013, p. 72) sustenta que a dignidade é um princípio cujo conteúdo mínimo pode ser compreendido em três perspectivas: “valor intrínseco” de todos os seres humanos, assim como a “autonomia” de cada indivíduo, que pode ser limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (“valor comunitário”). Já Daniel Sarmento (2016, p. 98) atribui à dignidade humana os seguintes componentes: a) valor intrínseco da pessoa; b) autonomia; c) mínimo existencial; d) reconhecimento intersubjetivo. Na doutrina estrangeira, Habermas (2012, p. 17) advoga que “a dignidade humana forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universalista da moral é importado ao direito”.

Como se percebe, apesar de ser um tema bastante estudado, ocupando lugar de destaque no discurso jurídico contemporâneo, o princípio da dignidade humana nem sempre é devidamente delimitado (SARMENTO, 2016, p. 320-321), o que tem permitido, na prática judiciária, a ocorrência de decisionismos de difícil controle, por conta da ampla vagueza dessa expressão, tornando-a uma “fórmula vazia”, que, se serve para tudo, não serve para nada (ASCENSÃO, 2011, p. 38 e 40). No campo da judicialização da saúde, por exemplo, nem



sempre os juízes utilizam uma fundamentação contextual dotada de racionalidade, pois a usam como mero reforço teórico para uma solução previamente tomada, ou seja, sem analisar o contexto do caso.

As funções da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico também são amplas. Defende-se, por exemplo, que essa cláusula normativa pode ser utilizada para “fundamentar a criação judicial de novos direitos”, “formatar a interpretação adequada das características de um determinado direito”, “criar limites à ação do Estado” (eficácia negativa) e “fundamentar o juízo de ponderação e escolha da prevalência de um direito em prejuízo do outro” (RAMOS, 2017, p. 79-80). Como se percebe, são vários aspectos funcionais que se podem atribuir à dignidade humana, sendo certo que o seu uso abusivo pode acarretar a sua banalização conceitual.

Por isso, no que interessa a este estudo, revela-se absolutamente necessária a delimitação do conceito de “dignidade humana”, para facilitar a sua utilização, pelo menos nas questões relativas à judicialização da saúde pública, como parâmetro objetivo de controle da ação estatal, inclusive na perspectiva de funcionar, simultaneamente, como limite e tarefa (SARLET, 2009, p. 32; SARMENTO, 2008, p. 89). Assim, em um contexto de escassez de recursos, necessidades sociais intermináveis em relação aos bens de saúde pública e de imperativo de observância da universalidade na tutela estatal, impõe-se adotar, como fundamento adequado do paradigma do mínimo existencial, uma interpretação restritiva da proteção à dignidade humana.

Observa Sarlet (2017b) que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF), em 11 de maio de 2017, adotou posição similar no sentido de que o direito subjetivo a prestações originárias na área da saúde, o qual decorre diretamente da invocação do texto constitucional, reveste-se de natureza excepcional. Nesse sentido, entendeu-se que, similarmente à situação de um efetivo estado de necessidade, só é possível a concessão judicial de determinada medida, quando restar comprovada uma situação de grave risco para a vida humana e inexistir alternativa compatível no catálogo de procedimentos e tratamentos do seguro público de saúde.

Essa perspectiva indica que a cláusula da proteção à dignidade da pessoa humana, no contexto da judicialização da saúde pública no Brasil, deve ser interpretada restritivamente. Isso não significa, todavia, que o espaço de ação judicial se limite a garantir o mínimo necessário à “sobrevivência do paciente”. Pelo contrário, o parâmetro decisório afasta qualquer critério que, no caso, imponha a “coisificação do ser humano” (BARRETO, 2013, p. 66 e 74), ou que permita



a degradação da pessoa (SARLET, 2009, p. 36), sem prejuízo de também evitar a naturalização da insensível tese das “escolhas trágicas” (GALDINO, 2005, p. 347; AMARAL, 2010, p. 17-18). De acordo com essa tese, como se sabe, há impedimento à atuação judicial nas questões de saúde pública, pois se deposita na discricionariedade do Legislador, por intermédio do sistema orçamentário, a eleição de prioridades de gastos públicos, a serem concretamente implementadas, em curto e médio prazos, pelo Executivo (NUNES; SCAFF, 2011, p. 105).

No paradigma da “bipolaridade do mínimo existencial”, o respeito à dignidade humana, que deve ser sempre aferido a partir de uma determinada realidade concreta (TEPEDINO, 2016, p. 18), também é visto na perspectiva de provocar um “significativo aumento na qualidade de vida do paciente”, tratando-o com consideração e respeito. Além disso, “se o paciente puder sofrer dano irreparável ou de difícil reparação em sua saúde”, a medida judicial, como já dito, deve ser deferida.

Tudo isso, não custa enfatizar, para que o paciente não seja tratado, no caso concreto, como um “objeto descartável”, afinal, deve-se perceber que há um vínculo radical entre a dignidade do ser humano e sua absoluta irrepetibilidade (RIDOLA, 2014, p. 112). Observa-se, desse modo, que o conceito adequado de “mínimo existencial” deve ser aferido com base no respeito à dignidade da pessoa humana não de forma abstrata ou apriorística, mas no plano concreto, a partir do indivíduo para o Estado (SABINO, 2016, p. 231 e 233).

Impõe-se perceber, nesse contexto, que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 170 da CF), que assume relevância na identificação e fundamentação dos direitos sociais, não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, pois se trata de uma norma jurídico-positiva (SARLET, 2004, p. 70), com plena eficácia nos casos concretos (COMPARATO, 2010, p. 70-80). Em outras palavras, não se pode mais visualizar a dignidade da pessoa humana como manifestação do direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana; pelo contrário, atualmente, a máxima do respeito à dignidade do ser humano fundamenta a própria cidadania e a ação estatal, conferindo unidade material à Constituição, para afastar soluções de casos concretos compromissadas apenas com a abstração e o formalismo (BONAVIDES, 2008, p. 230-234).

O respeito à dignidade da pessoa humana, como se sabe, aparece como o valor central do Estado Democrático de Direito, o seu fim precípua (SARMENTO, 2008, p. 87), que molda os direitos fundamentais (SARLET, 2004, p. 103), e deve, por isso mesmo, constituir a base da argumentação tópica, recomendada para os casos de tutela de urgência relacionados a



prestações de saúde pública, já que propõe, a partir de questionamentos contextuais e de racionalidade decisória, a descoberta mais razoável para a solução de um caso jurídico. Assim, embora seja possível estabelecer parâmetros na atuação judicial, acredita-se que soluções pré-fabricadas ou genéricas, mesmo que com bases teóricas sólidas, devem ser vistas com extrema cautela, pois o princípio da dignidade da pessoa humana sempre deve prevalecer no caso concreto.

Como premissa básica, impõe-se observar, com base na lição de Clémerson Merlin Clève (2006, p. 29), que, em vez de uma “dogmática da razão do Estado”, deve-se preferir uma “dogmática constitucional emancipatória”, que tem por objetivo primordial estudar o texto constitucional à luz da “dignidade da pessoa humana”, ou seja, uma dogmática focada não no Estado, mas, antes, na pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. E não poderia ser diferente, pois, conforme elucida José Adércio Leite Sampaio (2010, p. 120), “a força emancipatória do discurso dos direitos humanos tem antes um alicerce na construção de uma cultura ou consciência de dignidade, de tolerância e de valor do ser humano, como ser autônomo e como membro de uma sociedade”.

Observe-se que o art. 8º do CPC/2015¹² não ajuda nessa missão, pois a sua redação utiliza apenas conceitos absolutamente indeterminados. De acordo com esse dispositivo, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Disposições normativas dessa natureza, a despeito de orientar o comportamento judicial, podem acarretar decisionismos arbitrários, quando não se tem consciência dos limites éticos e institucionais que são impostos ao exercício da jurisdição. Apenas para ficar no tema em apreço, o que significa “promover a dignidade da pessoa humana”? Como é consensual a proteção à dignidade humana, a possibilidade de haver subjetivismos autoritários é evidente (FRIAS; LOPES, 2015, p. 649-670). Sendo assim, repita-se, revela-se fundamental delimitar o que se entende por “violação à dignidade humana”, para se caminhar em direção às excepcionais situações em que a jurisdição pode interferir em políticas públicas, especialmente, no que tange ao objeto deste estudo, as prestações de saúde.

¹² Para consulta, Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

Em outras palavras, deve-se buscar uma concepção de dignidade humana compatível com um cenário de escassez de recursos e de responsabilidade institucional da jurisdição, que, além de respeitar os espaços da política, não pode privilegiar desarrazoadamente alguns cidadãos em detrimento de outros. Nesse sentido, pode-se dizer que a clássica ideia iluminista de Kant (1980, p. 74-79) permanece atual, no sentido de que a dignidade é a característica do que não tem preço, tornando o cidadão um ser racional dotado de autonomia e um fim em si. Em sentido restritivo, há violação à dignidade, quando uma pessoa é considerada como um objeto ou uma mercadoria, ou seja, não é tratada como um ser humano que, por isso mesmo, merece igual consideração e respeito.

É inegável que existe uma função substancial da dignidade da pessoa humana (*status positivo*), mas, para fins deste trabalho, a sua dimensão normativa somente pode agregar fundamento a uma prestação de saúde pública, quando houver violação à sua função tradicional, ou seja, de proteção ou garantia de defesa. Sendo assim, presentes os outros critérios decisórios — não estudados neste momento —, uma tutela de urgência, invocando o direito à saúde diretamente da Constituição, somente poderia ser deferida, se o jurisdicionado fosse tratado como um mero objeto descartável diante de situações que pudessem comprometer a ideia de igual consideração e respeito à sua expectativa de autonomia. Nessas situações, não pode haver insensibilidade estatal e invocação da tese da reserva do possível.

É inegável que os aspectos relacionados à visão ampliada da cláusula da dignidade humana são compatíveis com a ideia de Estado Democrático de Direito e constituem um norte no processo estatal de transformação da realidade social, mas, como já adiantado, defende-se que é mais adequada, para os casos nas hipóteses de judicialização de prestações de saúde pública, a utilização de um conceito restritivo, pois o conceito ampliativo pode acarretar ativismos judiciais antidemocráticos e até mesmo antirrepublicanos.

Apesar de os direitos sociais serem direitos *prima facie* (PULIDO, 2013, p. 300-305), impõe-se estabelecer determinados *standards* decisórios que garantam uma racionalidade mínima na condução dos processos judiciais. Por isso, defende-se a utilização da ideia básica da dignidade humana, no sentido da impossibilidade de um ser humano ser tratado como um objeto descartável ou uma mera mercadoria comercializável e desprezível, ideia essa que possibilita a construção de um critério decisório dotado de imparcial universalidade (GÜNTHER, 2011, p. 10), possibilitando, na prática, a satisfação do anseio de “igual consideração e respeito”.



É certo que há, na doutrina, quem defenda que o critério adequado para conceituar a dignidade humana está relacionado apenas à ideia de autonomia, no sentido de que ninguém deve ser tratado como tendo mais valor do que outras pessoas e que se devem dar condições, para que as pessoas desenvolvam e exerçam a sua capacidade de escolha (FRIAS; LOPES, 2015, p. 667-668). Para os fins deste estudo, todavia, essa lição não se revela adequada, pois, embora a eliminação desses problemas tenha sido o intento de seus autores, não há “objetividade relativamente controlável”, e, sobretudo, o foco na autonomia dos cidadãos pode proporcionar decisões ativistas, que extrapolam os limites do sistema jurídico. Sendo assim, não custa repetir, é a ideia de respeito à dignidade como vedação de tratamento do ser humano como um “objeto” ou “mercadoria descartável” que permite o controle das decisões judiciais e impede omissões injustificáveis do governo em matéria de prestações de saúde pública. É com base nessa ideia que, nas demandas por prestações de saúde pública, deve-se analisar o paradigma do mínimo existencial.

Derradeiramente, deve-se investigar se a tese apontada acima fere o princípio da vedação do retrocesso social. Em outros termos, a utilização do critério da bipolaridade objetiva do mínimo existencial encontra obstáculo intransponível no princípio da vedação do retrocesso social? Entende-se que não. Genericamente, como a própria expressão sugere, há retrocesso social, se as conquistas sociais retrocedem. Ora, pelo que se pretende à luz do novo critério, não é isso que possivelmente se verificará, pois, diante de parâmetros que darão maior racionalidade ao procedimento decisório de políticas públicas de saúde, estas atingirão o seu objetivo de universalidade igualitária com mais eficácia. Em outros termos, mais cidadãos serão atingidos por essas medidas, inclusive no plano das políticas preventivas, além de assegurar a isonomia quanto à tutela judicial. Esse previsível quadro, se comparado à situação atual, significa um avanço democrático, e não um retrocesso. Deve-se recordar que, quanto aos direitos sociais, o critério da universalidade deve prevalecer sobre raciocínios meramente individuais e isolados.

182

CONCLUSÕES

Conforme foi visto ao longo deste estudo, sugeriu-se, como forma de amenizar as consequências desastrosas da judicialização da saúde para os sistemas jurídico e político, uma interpretação restritiva do conceito de dignidade humana, que fundamenta o paradigma do “mínimo existencial”.

É certo que a concepção de dignidade humana se caracteriza pela multidimensionalidade e se trata de princípio estruturante e fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro. Nesse sentido, o Direito pode ser um instrumento de emancipação das pessoas, tornando-as cidadãs e, com efeito, sujeitos concretos que merecem consideração e respeito, jamais podendo ser tratadas como objeto da Política.

Todavia, em virtude de sua alta indeterminação e vinculação a uma ordem de valores aberta e plural, é imperioso que, no processo de compreensão e aplicação do princípio da dignidade humana, não busque o juiz projetar em seu conceito visões de mundo particulares, ideologicamente sectárias e condicionadas, no sentido de uma leitura meramente moralista. Por conta disso, impõe-se delimitar o seu conceito, atribuindo-o, para os casos de demandas judiciais por prestações de saúde pública, maior objetividade e, com efeito, margem para controle.

Desse modo, reconhece-se, neste estudo, que o art. 7º do PL nº 8.058/2014¹³ peca pela amplitude, possibilitando a banalização do instituto e a prática de decisões arbitrárias, estimulando o casuísmo.

Como a utilização indiscriminada de um conceito aberto pode gerar, como consequência mais nefasta e patente, a debilidade de sua força argumentativa, impõe-se procurar, no sistema jurídico, um critério adequado para orientar os juízes na superação do argumento da reserva do possível aduzido nas demandas por prestações de saúde pública.

Propõe-se, nessa perspectiva, a partir de uma visão que impede interpretar que qualquer ser humano não pode ser tratado como uma mercadoria descartável, o paradigma da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, que, como visto, pode ser analisado sob duas perspectivas: uma “negativa” e outra “positiva”.

Em sua perspectiva negativa, o mínimo existencial reclama do juiz uma avaliação acerca dos efeitos sob a saúde do paciente, na hipótese de negar o pedido. Se restar comprovado que o indeferimento da medida tende a causar “dano irreparável” (irreversível) ou de “difícil reparação”, a solução deve ser o deferimento. Sob o ângulo positivo do mínimo existencial, o juiz deverá analisar se o deferimento da medida acarretará, para o jurisdicionado, “significativa melhoria em sua qualidade de vida”, critério esse que normalmente é considerado nas ações

¹³ Para consulta, Cf. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918

judiciais que versam sobre tratamentos de doenças raras, crônicas ou genéticas, prolongados por natureza e, com efeito, economicamente mais dispendiosos.

É inegável que não há fechamento argumentativo, pois são conceitos indeterminados que se incorporam à noção de “mínimo existencial”, mas também é certo que esses *standards* decisórios, por permitirem um maior controle junto às demais instâncias judiciais, atraem para a expressão maior objetividade e racionalidade.

Sendo assim, fora dos casos vinculados ao paradigma da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, deve haver, por parte do juiz, deferência à solução previamente proposta pelo legislador, a menos que haja uma inconstitucionalidade clara ou evidente.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. “O ‘fundamento do direito’: entre o direito natural e a dignidade da pessoa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. LII, n. 1 e 2, p. 29-43, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BERIZONCE, Roberto Omar. “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 190, p. 37-70, dez. 2010.

BITENCOURT NETO, Eurico. “Vinculação da administração pública ao mínimo existencial”. *Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Luísa Cristina Pinto e Netto e Eurico Bitencourt Neto coordenadores. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BONAVIDES, Paulo. “A dignidade da pessoa humana”. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CLÈVE, Clémerson Merlin. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 14, v. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação história dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Susana Henriques. “A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

COURTIS, Christian. “Políticas sociais, programas sociais e direitos sociais”. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Vol. 1. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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.

FREITAS, Lorena. *Além da toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito*. Recife: Bagaço, 2009.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. “Considerações sobre o conceito de dignidade humana”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 22, p. 649-670, jul./dez. 2015.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa*. Tradução de Denilson Luís Werle, Luiz Reza e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade pertencimento à espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais”. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REIS, Sérgio Cabral dos. *Tutela jurisdicional nas demandas por prestações de saúde pública: o juiz como interlocutor social e democrático*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

REIS, Sérgio Cabral dos. “Tutela judicial dos direitos sociais: para além do mínimo existencial na jurisdição constitucional democrática”. *O mundo do trabalho e as novidades normativas na perspectiva da magistratura e do ministério público: estudos em homenagem a Arnaldo Süssekind*. Gérson Marques e Ney Maranhão coordenadores. São Paulo: LTr, 2014.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o ‘princípio liberdade’ na cultura constitucional europeia*. Tradução de Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2017.

SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & Judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos sociais como direitos subjetivos: a nova decisão da corte alemã”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-02/direito-fundamentais-direitos-sociais-subjetivos-anova-decisao-corte-alema>>. Acesso em: 02 jun. 2017 (b).

SARLET, Ingo Wolfgang. “Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional – algumas aproximações e alguns desafios”. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. Salvador: JusPODIVM, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. “O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa”. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida coordenadores. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contra o poder público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.

VITORELLI, Edilson. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 284, ano 43, p. 333-369, out. 2018.

WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional das políticas públicas – Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 193, p. 13-25, mar. 2011.

