

# **Universidade Anhanguera-Uniderp**

**Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, JUSTICIABILIDADE E A  
RESERVA DO POSSÍVEL FÁTICA**

**MÔNICA DE SOUZA FIRMINO**

**LAGUNA /SC**

**2011**

## **MÔNICA DE SOUZA FIRMINO**

### **DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, JUSTICIABILIDADE E A RESERVA DO POSSÍVEL FÁTICA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Público.

Universidade Anhuera-Uniderp

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

**Orientador: Prof. Tchoya Gardenal Fina**

**LAGUNA -SC**

**2011**

## DEDICATÓRIA

A você, Mário, grande amor da minha vida, pela compreensão, sabedoria e dedicação em todos os dias dedicados aos estudos, com carinho, o meu eterno agradecimento.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à Deus por me iluminar sempre.  
Ao meu marido, grande incentivador dos meus estudos.  
A minha família, meu pai, minha mãe, minha irmã, por estarem sempre ao meu lado, me ajudando, me incentivando e por acreditarem que eu poderia e posso realizar os meus sonhos.  
A todos vocês dedico este trabalho.

## EPÍGRAFE

“Até hoje os filósofos não fizeram mais do que interpretar o mundo de diversas maneiras, mas o de que se trata é de transformá-lo” (XI Tese de Marx sobre Feuerbach).

## RESUMO

A Constituição da República previu o direito à saúde como direito social fundamental, estabelecendo-o como direito e dever, prevendo procedimentos e instituições para a sua implementação. Nesse contexto, parcela da doutrina sustenta que incumbe aos Poderes Legislativo e Executivo a implementação desse direito, negando o caráter de direito subjetivo a fundamentar a concessão judicial de prestações materiais nessa área. Por outro lado, outra corrente doutrinária afirma a sindicabilidade dos direitos sociais, especialmente na área de saúde, reconhecendo se tratar de direito subjetivo público, utilizando os novos paradigmas trazidos pelo neoconstitucionalismo(s), especialmente os princípios da proporcionalidade, na vertente da proibição de insuficiência, da força normativa e máxima efetividade da Constituição para fundamentar essa opção. Essa também é a orientação que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem promovido verdadeiro “ativismo judicial” em matéria de saúde, fixando parâmetros para a concessão dessas prestações materiais, notadamente de medicamentos e tratamentos diferenciados. Por fim, os recursos públicos destinados ao atendimentos das necessidades sociais são finitos, surgindo aí a controvérsia sobre a aplicabilidade, ou não do princípio da reserva do possível, isto é, se a ausência de recursos financeiros poderia legitimar omissões estatais em áreas que exijam alocação desses recursos. Conclui-se, na forma preconizada por Daniel Sarmiento, a plena aplicabilidade da teoria da reserva do possível no contexto brasileiro.

**Palavras-chave:** saúde, direito fundamental social, justiciabilidade, reserva do possível fática.

## ABSTRACT

The Constitution provided for the right to health as a fundamental social right, establishing him as a right and duty, providing procedures and institutions for its implementation. In this context, part of the doctrine holds that belongs to the legislative and executive branches to implement this right by denying the character of the subjective right to justify the granting of legal material benefits in this area. On the other hand, other current doctrine says the liquidators of social rights, especially in the area of health, recognizing it is the subjective right audience, using new paradigms brought by neoconstitutionality (s), especially the principles of proportionality, the prohibition on the slope of lack of legal force and maximum effectiveness of the Constitution to support this option. This guidance also has been adopted by the Supreme Court, which has promoted real "judicial activism" in health, setting parameters for the granting of material benefits, especially medicines and different treatments. Finally, the public funds for social care needs are finite, then the emerging controversy over the applicability or not the principle of the reserve as possible, ie, whether the lack of financial resources could legitimize omissions state in areas that require allocation these resources. We conclude, as recommended by Daniel Sarmento, the full applicability of the theory of reserve for the Brazilian context.

**Keywords:** health, fundamental social right, justice, factual as possible reserves.

## SUMÁRIO

### LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

INTRODUÇÃO.....	10
1. PROBLEMA DE PESQUISA.....	11
2. OBJETIVO.....	13
3. METODOLOGIA.....	14
4. REFERENCIAL TEÓRICO.....	15
5. DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO.....	19
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	42
REFERÊNCIAS.....	44



## INTRODUÇÃO

A Constituição da República previu o direito à saúde no rol dos direitos sociais, constantes do artigo 6º, bem como dedicou os artigos 196 a 200 para estipular direitos e deveres nessa matéria, prevendo conjunto de instituições e procedimentos para a efetivação desse direito, conferindo juridicidade a esse direito fundamental social, que possui fundamentalidade formal e material.

Diante disso, discute-se se a implementação do direito à saúde incumbe apenas aos Poderes Legislativo e Executivo, que possuem corpo de profissionais capacitados para a tomada de decisões políticas nessa área (capacidades institucionais do intérprete) ou se seria possível a concessão de prestações materiais judicialmente.

Demonstra-se que a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal é favorável ao “ativismo judicial”, sendo reflexo de mudança de orientação na interpretação da constituição, a partir da concepção de neoconstitucionalismo, com a abertura do ordenamento jurídico a princípios, notadamente os da força normativa e máxima efetividade da constituição, bem como do princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação de proteção insuficiente.

Ademais, são delineados os parâmetros interpretativos fixados pelo referido tribunal para a concessão de prestações de saúde, com destaque para medicamentos e tratamentos especiais, de modo a preservar a separação dos poderes, evitando-se excessiva intervenção do Poder Judiciário nos outros Poderes.

Diante disso, demonstra-se a imprescindibilidade de parâmetros seguros para essa intervenção, a fim de preservar o princípio democrático, já que, em princípio, as “escolhas trágicas” incumbiriam aos Poderes Legislativos e Executivos, devendo o Judiciário atuar somente nos casos de omissão inconstitucional.

Conclui-se, por fim, que apesar da fundamentalidade do direito à saúde, nem todas as prestações materiais podem ser concedidas judicialmente, tendo em vista a escassez dos recursos financeiros e a grande diversidade de necessidades sociais, entendendo-se aplicável o princípio da reserva do possível fática, apesar da existência de opiniões em sentido contrário.

## 1. PROBLEMA DE PESQUISA

O tema ora proposto trata do direito à saúde como direito fundamental, fazendo breve histórico legislativo, identificando os principais argumentos das correntes que, de um lado, afirmam tratar-se de direito público subjetivo a ser exigível judicialmente e, de outro, negam essa possibilidade, sob o fundamento de que caberia aos Poderes Legislativo e Executivo essa implementação, especialmente diante da insuficiência de recursos financeiros.

Com efeito, trata ainda de destacar que o Supremo Tribunal Federal tem tratado o direito fundamental à saúde como direito subjetivo público, entendendo legítimas as intervenções judiciais nessa área, pois visam resguardar a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse contexto, faz-se breve análise dos parâmetros fixados por esse tribunal, apresentando as críticas correspondentes, de parcela da doutrina, por serem muito amplos, praticamente por não colocarem limites à sobreposição judicial em frente aos demais poderes.

Ademais, discorre-se sobre a importância do neoconstitucionalismo para o ativismo judicial na implementação dos direitos fundamentais sociais, nos casos de omissão ou lesão desses direitos pelos Poderes Executivo e Legislativo, enfrentando a controvérsia existente sobre a legitimidade do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas destinadas ao atendimento dos direitos fundamentais sociais, uma vez que os seus membros não possuem mandato eletivo, fato que, para alguns, acarretaria a ilegitimidade dessas medidas, por ausência de representatividade popular. No ponto, destaca-se a especial relevância do princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de insuficiência, como critério orientador da intervenção judicial nessa seara.

Ainda, relaciona a atividade judicial direcionada à implementação de direitos fundamentais sociais com o princípio da reserva do possível fática, verificando também os limites impostos a essa atividade pelo princípio democrático. Isso porque, discute-se se o juiz deveria se preocupar com a existência de recursos financeiros, bem como com o princípio da legalidade do orçamento, ou se simplesmente deveria concretizar os comandos constitucionais, independentemente dos interesses econômicos e secundários do Estado.

Sendo assim, diante das divergências apontadas, necessária a produção de um estudo científico para propor critérios seguros para solucionar esses questionamentos.

Diante disso, o futuro trabalho monográfico será desenvolvido, especialmente, a partir da problemática a seguir apontada:

O direito à saúde é um direito fundamental?

É possível a determinação judicial para a concessão de prestações materiais de saúde, tais como medicamentos e tratamentos diferenciados daqueles fornecidos pelo Sistema Único de Saúde?

A controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário ofende o princípio democrático?

A implementação judicial de direitos fundamentais sociais encontra limite na reserva do possível, fática ou jurídica?

## 2. OBJETIVO

Analisar a efetivação do direito à saúde como direito fundamental social, a partir do neoconstitucionalismo, com destaque para os princípios da força normativa da Constituição, da máxima efetividade das normas constitucionais, bem como o princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de insuficiência.

Compreender as correntes que justificam a sindicabilidade dos direitos sociais, notadamente na área da saúde, afastando os argumentos contrários.

Identificar as principais características das correntes favoráveis à concessão judicial de prestações materiais de saúde.

Demonstrar as implicações que possuem a efetivação judicial dos direitos fundamentais sociais, salientando a necessidade de autocontenção judicial para preservar a separação dos poderes.

Evidenciar a possibilidade de lesão ao princípio democrático, nos casos em que não se observam parâmetros mínimos para a efetivação judicial dos direitos, além de demonstrar a aplicabilidade do princípio da reserva do possível.

### **3. METODOLOGIA**

Na elaboração da monografia será utilizado o tipo de pesquisa bibliográfico.

Desse modo, a pesquisa bibliográfica envolve todo e qualquer tipo de bibliografia pesquisada sobre o tema em estudo, como livros, periódicos, monografias, testes, dissertações em meio físico, impresso ou eletrônico.

Na elaboração do presente projeto fez-se uso da técnica da pesquisa bibliográfica, com uso de artigos e livros sobre o direito à saúde e a implementação judicial dos direitos fundamentais sociais, previamente escolhidos, com o propósito de sintetizar as particularidades do tema, apontando posicionamento dos doutrinadores, mantendo-se a fidelidade dos dados.

A pesquisa bibliográfica orientar-se-á pela leitura, revisão, análise e interpretação das fontes supracitadas.

#### 4. REFERENCIAL TEÓRICO

Diferentemente de outros textos constitucionais, a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à saúde como um direito social fundamental, o qual está previsto no seu artigo 6º<sup>1</sup>, como também tratou com especificidade o assunto nos seus artigos 196 a 200.

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal tem consagrado o dever de aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, decorrente do caráter jurídico das normas constitucionais, em especial nas ações que tratam do direito à saúde.<sup>2</sup>

Ademais, os direitos fundamentais não se resumem a enumeração de direitos constantes do título II da Constituição, estabelecendo o artigo 5º, §2º, da Carta Magna que “os direitos e garantias fundamentais não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte”. Consagrou, assim, um sistema aberto de direitos fundamentais, não se podendo considerar taxativa a enumeração do título referido, motivo pelo qual “(...) é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF, afirmou que o princípio da anterioridade (art. 150, III, *b*, da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental”.<sup>3</sup>

A juridicidade decorrente da fundamentalidade formal e material desse direito não passou despercebida por Raquel Teixeira Maciel Rodrigues que, citando George Marmelstein Lima, dispôs:

Ressalte-se, ainda, esposando o que entende George Marmelstein Lima, em sua monografia intitulada “Efetivação do Direito Fundamental à Saúde pelo Poder Judiciário”, que por força da própria constitucionalização deste direito, tem-se um acréscimo considerável em sua força normativa, seja do ponto de

---

1 Artigo 6º da CF/88: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

2 STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 115-116.

3 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 260-270.

vista formal ou material, tornando premente sua efetivação nos casos concretos, ou seja, a materialização da norma no mundo dos fatos.<sup>4</sup>

Ademais, ao estabelecer a saúde como direito e dever, a Constituição reconheceu a saúde como direito subjetivo, importando categoria do Direito Privado para o Direito Público, daí resultando importante controvérsia acerca dos limites de exigibilidade de prestações nessa área, inclusive através do Poder Judiciário, uma vez reconhecida a insuficiência de recursos financeiros para o atendimento ótimo de todas as necessidades da população.<sup>5</sup>

Do texto constitucional (artigo 198, *caput* e incisos I a III), extrai-se os princípios estruturantes do Sistema Único de Saúde, quais sejam: unidade, descentralização, regionalização, hierarquia, integralidade de atendimento e participação da comunidade. Trata-se de rol exemplificativo que deve ser complementado pelos princípios previstos nas demais normas que tratam do tema, bem como das demais normas constitucionais que tratam da organização e do procedimento nessa área.<sup>6</sup>

Nesse contexto, o Procurador Federal Eduardo Henrique de Almeida Aguiar adverte que:

“(...) o legislador constituinte não quis que a destinação de recursos à saúde ficasse na discricionariedade administrativa quando da elaboração dos projetos de lei orçamentária, já determinando a elaboração de lei complementar, cujo quórum de votação e de aprovação é de maioria absoluta, para com legitimidade determinar um percentual mínimo de recurso estatal a ser destinado às políticas públicas de implementação da saúde”<sup>7</sup>.

Durante muito tempo vigorou a ideia de que as normas constitucionais que previam direitos sociais prestacionais não passavam de normas programáticas, dependentes de concretização legislativa, impedindo a exigibilidade judicial desses direitos. Dessa forma, prevalecia uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação dos poderes, que se opunha à intervenção judicial no controle das políticas públicas, próprias dos poderes Legislativo e Executivo, conforme ensina Daniel Sarmento.<sup>8</sup>

---

4 RODRIGUES, Raquel Teixeira Maciel. Atuação do Ministério Público na saúde: o desafio da efetividade. VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 312.

5 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde**: Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90 e art. 6º e arts. 196 a 200 da Constituição Federal. 2. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2011. p. 34.

6 Ibid. p. 63.

7 AGUIAR, Eduardo Henrique de Almeida. **Jurisdicionalização de Políticas Públicas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2010, p. 39/40.

8 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179.

De outro lado, há quem sustente a plena justiciabilidade dos direitos sociais, com base na unidade e interdependência dos direitos fundamentais, sustentando que a efetividade desses direitos não pode estar condicionada à discricionariedade do legislador e do Executivo, sob pena de reduzir-se a zero a eficácia dos direitos fundamentais, na linha do que expõe Dirley da Cunha Júnior:

Queremos expressar, com isso, que a dita liberdade de conformação do legislador encontra nítidos limites e está vinculada à observância do *padrão mínimo* para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna. Isso significa, evidentemente, que, não atendido esse padrão mínimo, seja pela omissão total ou parcial do legislador, o Poder Judiciário está legitimado a interferir – num autêntico controle dessa omissão inconstitucional – para garantir esse mínimo existencial, visto que ele “é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social)”, não satisfazendo os direitos fundamentais sociais. Assim, as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos *deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais*, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário.<sup>9</sup>

Essa nova interpretação dos direitos sociais também se deve ao denominado “neoconstitucionalismo(s)” que, apesar não apresentar um conteúdo preciso, possui as seguintes características centrais apontadas por Sarmento:

(...) valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.<sup>10</sup>

Além disso, Jane Reis Gonçalves Pereira destaca a evolução do princípio da proporcionalidade e sua importância para a concretização judicial dos direitos sociais, sem que se possa falar em ofensa à separação dos poderes:

A regra da proporcionalidade surgiu, originariamente, como um parâmetro de avaliação de constitucionalidade das intervenções promovidas pelo Estado nos direitos fundamentais. Tornou-se, assim, uma ferramenta hermenêutica voltada para o controle das ações estatais potencialmente violadoras de direitos. Não obstante, a proporcionalidade vem sendo empregada também como um instrumento de avaliação da legitimidade das omissões estatais, funcionando nesse caso como uma escala que determina em que medida o Estado deve agir para promover a proteção dos direitos fundamentais.

Essa aplicação do imperativo da proporcionalidade tem origem na compreensão de que os direitos fundamentais, para além de impor ao Estado um dever de não ofendê-los, encerram um comando dirigido aos órgãos do

9 JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 764.

10 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 49.



poder no sentido de atuar positivamente para protegê-los. Nessa perspectiva, entende-se que das normas de direitos fundamentais emanam diversos deveres de proteção. Esses deveres podem assumir vários perfis, dentre os quais podem ser destacados a obrigação do Estado de impor sanções penais e civis nas hipóteses de violação dos direitos por terceiros e o imperativo de tutela dos direitos sociais.<sup>11</sup>

O Supremo Tribunal Federal entende o direito fundamental à saúde como direito subjetivo, reconhecendo a possibilidade de determinação judicial para fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos diferenciados. As primeiras decisões datam do ano de 1999, em que houve o julgamento do Recurso Extraordinário n. 271.286, que constitui acórdão paradigma na matéria, segundo Paulo Gilberto Cogo Leivas, destacando, ainda, que:

Decisão monocrática da Min. Ellen Grace, em pedido de suspensão de tutela antecipada, chegou a ser entendida como o início da virada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que foi interpretada como impossibilidade de judicialização de prestações de saúde. Tal entendimento, contudo, chegou a ser afastado explicitamente pela Ministra em julgado posterior.

Com o fim de subsidiar suas decisões em processos de competência da Presidência, o Min. Gilmar Mendes convocou audiência pública em que especialistas foram ouvidos sobre o tema. Decisão no pedido de tutela antecipada (STA 175-178) incorpora as contribuições colhidas nessa audiência.

Nessa decisão foi então reafirmada a justiciabilidade do direito fundamental à saúde e estabelecidos parâmetros para decisões judiciais em termos que provam uma ponderação correta entre esse direito e o princípio formal da separação dos poderes.

A aplicação dos subpreceitos da proporcionalidade no sentido da proibição de insuficiência fornece um procedimento capaz de garantir decisões racionais e proporcionais sobre direito à saúde.<sup>12</sup>

Forte crítica tem sido atribuída ao Poder Judiciário na interpretação e efetivação dos direitos fundamentais sociais, no sentido de que estaria substituindo a vontade dos representantes do povo sem possuir legitimação popular, nem mesmo qualquer outro meio de controle popular, sem a utilização de método na o exercício da hermenêutica constitucional e argumentação jurídica racional, o que caracterizaria um “decisionismo”, isto é, decisões casuísticas, Glauco Salomão Leite:

Além da excessiva judicialização dos conflitos, da centralização da interpretação constitucional (fortalecida com a prerrogativa de ter o tribunal o “monopólio da última palavra”), pode-se acrescentar um novo ingrediente no cenário: o decisionismo. Isso pode ser ilustrado a partir da afirmação do mais

11 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 197-199.

12 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 635-636.

novo integrante do STF, o Min. Luiz Fux sobre como decide os casos sob a sua apreciação: “Primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução. Assim, nessa ordem de ideias, a noção de justiça do referido Ministro, se compartilhada por mais cinco integrantes da Corte, poderia prevalecer sobre a noção de justiça da maioria da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. 13

Diante disso, importante a realização de estudo para a compreensão dos limites da implementação judicial de políticas públicas, com destaque para a área da saúde, bem como a contribuição do denominado neoconstitucionalismo para a compreensão e efetivação judicial dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

## 5. DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

### 5.1 Direito à saúde como direito social fundamental

Diferentemente de outros textos constitucionais, a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à saúde como um direito social fundamental, o qual está previsto no seu artigo 6º<sup>14</sup>, como também tratou com especificidade o assunto nos seus artigos 196 a 200.

A preocupação que a Constituição teve com a detalhada previsão do direito à saúde foi observada, com precisão, pela Procuradora da República Raquel Teixeira Maciel Rodrigues:

Dessa forma, ao longo de toda a Constituição Federal, encontramos referência ao tema. Inicialmente, expressamente a inclui no rol de direitos sociais (art. 6º), além do que, dedica uma seção do capítulo Seguridade Social, dentro do Título VIII – *Da Ordem Social*, inteiramente a ela, demonstrando a disposição de concretizá-la, definindo-a, assim, no art. 196: “direito de todos e dever do Estado”, a ser garantido mediante a adoção de políticas públicas voltadas para a redução do risco de doença e de outros agravos e para o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.<sup>15</sup>

No entanto, essa preocupação constitucional com o tema não se deu ao acaso, sendo fruto de longo processo de reivindicações sociais, conforme leciona a Advogada da União Mariana Filchtiner Figueiredo:

A positivação constitucional do direito à saúde insere-se precisamente nesse contexto. Mais que isso, resulta de intensas reivindicações por parte dos movimentos sociais, dentre os quais se destaca o **Movimento de Reforma Sanitária**, cujo papel foi decisivo para a constitucionalização do direito à saúde e do Sistema Único de Saúde (SUS) como tal, especificamente pelos debates e proposições tirados da **VII Conferência Nacional de Saúde**. Isso fica mais evidente quando se compara a CF/88 aos textos constitucionais anteriores, em que a saúde era objeto apenas normas esparsas, mais comumente voltadas, ou à distribuição de competências legislativas e executivas entre a União, Estados e Municípios; ou a proteção da saúde do trabalhador, não havendo falar, nessa época, do acesso universal e igualitário hoje assegurado.<sup>16</sup>

14 Artigo 6º da CF/88: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

15 RODRIGUES, Raquel Teixeira Maciel. Atuação do Ministério Público na saúde: o desafio da efetividade. VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 308.

16 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde**: Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90 e art. 6º e arts. 196 a 200 da Constituição Federal. 2. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2011. p. 15-16.

Antes da promulgação da Constituição de 1988, a Lei 6.299/197 regulava as ações e serviços de saúde, de forma não universal, pois era incumbência compartilhada do Ministério da Previdência e Assistência Social e do Ministério da Saúde, cabendo ao primeiro prestar atendimento médico e ambulatorial aos contribuintes da previdência social, e ao segundo as demais atividades de interesse coletivo. Dessa forma, a maior parte dos recursos era direcionado aos segurados da Previdência Social, de forma individual e excludente, não havendo articulação para o atendimento da saúde coletiva em razão da inexistência de unidade de princípios a orientar essas ações.<sup>17</sup>

Após analisar as deficiências das ações e serviços de saúde no regime constitucional anterior, Edilson Vitorelli conclui que:

Com o advento da Constituição de 1988 e a conseqüente criação do Sistema Único de Saúde, rompiam-se todas as características do modelo de assistência à saúde existente no Brasil até então. Este sistema surgiu como o meio pelo qual o Estado garantiria a prestação de serviços e ações de saúde à população, tanto no campo da saúde individual quanto coletiva, de forma integral e universal, ou seja, qualquer pessoa, contribuinte ou não da previdência social, passaria a ter acesso às ações desenvolvidas na área da saúde.<sup>18</sup>

Visto isso, verifica-se que o direito à saúdeurgia ser positivado em nível constitucional que lhe desse eficácia plena e aplicabilidade imediata, e não simplesmente em normas esparsas como nos demais ordenamentos, ampliando, assim, os beneficiários desses serviços, de modo a romper com o regime excludente que antes vigorava.

É imprescindível esclarecer que o direito à saúde está previsto como um direito social, conforme artigo 6º do texto constitucional, tratando-se de um direito fundamental positivado no mesmo Título II, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Tal explicação se torna importante, uma vez que se tratando os direitos sociais de direitos fundamentais, eles têm aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição da República, daí resultando “(...) nítida a intenção do Constituinte em evitar que os direitos fundamentais ficassem ao obséquio do legislador

---

17 VITORELLI, Edilson. Atribuição do Ministério Público Federal em matéria de saúde. VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 281-282.

18 Ibid. p. 282.

infraconstitucional”.<sup>19</sup> Ressalta-se, assim, a “(...) força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos”.<sup>20</sup>

Houve, portanto, alargamento da dimensão dos direitos e garantias fundamentais no texto da Carta Cidadã, sendo a primeira Constituição brasileira a inserir declaração dos direitos sociais, inexistindo direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados, podendo-se concluir que foram acolhidos os princípios da unidade e interdependência dos direitos humanos fundamentais, conjugando-se os valores liberdade e igualdade, conforme adverte Flávia Piovesan.<sup>21</sup>

Registre-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal tem consagrado o dever de aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, decorrente do caráter jurídico das normas constitucionais, em especial nas ações que tratam do direito à saúde.<sup>22</sup>

Ademais, os direitos fundamentais não se resumem a enumeração de direitos constantes do título II da Constituição, estabelecendo o artigo 5º, §2º, da Carta Magna que “os direitos e garantias fundamentais não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte”. Consagrou, assim, um sistema aberto de direitos fundamentais, não se podendo considerar taxativa a enumeração do título referido, motivo pelo qual “(...) é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF, afirmou que o princípio da anterioridade (art. 150, III, b, da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental”.<sup>23</sup>

O direito à saúde, por ser direito fundamental, relaciona-se intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição Federal), colocando o ser humano como sujeito de direitos, podendo afirmar-se que se trata de superprincípio que se irradia por todo o

---

19 JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 642.

20 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36.

21 Ibid. p. 34.

22 STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 115-116.

23 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 260-270.

ordenamento jurídico (eficácia objetiva dos direitos fundamentais).<sup>24</sup> A multidimensionalidade da dignidade da pessoa humano é observada por Ingo Wolfgang Sarlet:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade, ainda mais evidente quando se cuida de identificar a conexão entre dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais.<sup>25</sup>

Vê-se, assim, que os direitos fundamentais visam a garantir a dignidade da pessoa humana, exigindo dos poderes estatais, além de deveres de abstenção, prestações positivas, explicitando a unidade e interdependência dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais, econômicos e culturais, conforme preconizado no plano internacional pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e reafirmado na Declaração de Viena de 1993.<sup>26</sup>

Trata-se de direito fundamental em sentido formal – previsto no Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais – e material, pois relaciona-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, assumindo o “status” de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4º, da Lei Fundamental. No ponto, ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal reconhece que a referida cláusula imuniza o poder de emenda de todos os direitos e garantias fundamentais – em sentido formal e material -, e não apenas aos previstos no artigo 5º da Constituição da República, especialmente em razão da cláusula de abertura do §2º desse artigo.<sup>27</sup>

A juridicidade decorrente da fundamentalidade formal e material desse direito não passou despercebida por Raquel Teixeira Maciel Rodrigues que, citando George Marmelstein Lima, dispôs:

Ressalte-se, ainda, esposando o que entende George Marmelstein Lima, em sua monografia intitulada “Efetivação do Direito Fundamental à Saúde pelo Poder Judiciário”, que por força da própria constitucionalização deste direito, tem-se um acréscimo considerável em sua força normativa, seja do ponto de

---

24 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 37-38.

25 Ibid. p. 48.

26 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

27 BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de EC à luz da jurisprudência do STF. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 217.

vista formal ou material, tornando premente sua efetivação nos casos concretos, ou seja, a materialização da norma no mundo dos fatos.<sup>28</sup>

Nesse contexto, a Constituição estabeleceu que a prestação de saúde é direito de todos e dever do Estado – União, Estado, Distrito Federal e Municípios -, garantido mediante políticas sociais e econômica 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 (artigo 196).

A consagração da universalidade do atendimento colocou o cidadão destinatário da política de saúde, rompendo com a lógica de seguro-saúde, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, desvinculou as ações e serviços de saúde das contribuições previdenciárias, trazendo a cidadania como único requisito para sua fruição.<sup>29</sup>

Ademais, ao estabelecer a saúde como direito e dever, a Constituição reconheceu a saúde como direito subjetivo, importando categoria do Direito Privado para o Direito Público, daí resultando importante controvérsia acerca dos limites de exigibilidade de prestações nessa área, inclusive através do Poder Judiciário, uma vez reconhecida a insuficiência de recursos financeiros para o atendimento ótimo de todas as necessidades da população.<sup>30</sup>

Trata-se da consagração da técnica de deveres fundamentais, impondo-se ao Poder Público o dever de promover esse projeto constitucional para a implementação do direito fundamental à saúde, valendo transcrever trecho da lição de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

*Deveres estatais implícitos e não autônomos.* A efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos sociais, constitui um dever do Estado. Deve ser realizada com ações apropriadas (políticas públicas). O mesmo acontece com as garantias de instituições públicas e privadas que só podem ser efetivadas por meio do cumprimento do respectivo dever do Estado. Por fim, os direitos de resistência e os direitos políticos dependem do cumprimento do dever estatal de abster-se de condutas que inviabilizariam o respectivo direito.<sup>31</sup>

Ao consagrar os direitos fundamentais – incluídos aí os sociais -, a Constituição impôs implicitamente os respectivos deveres fundamentais para o Estado

---

28 RODRIGUES, Raquel Teixeira Maciel. Atuação do Ministério Público na saúde: o desafio da efetividade. VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 312.

29 Ibid. p. 311.

30 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde**: Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90 e art. 6º e arts. 196 a 200 da Constituição Federal. 2. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2011. p. 34.

31 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Deveres Fundamentais**. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2011.p. 327.

e, em alguns casos, para os particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), sendo o “reflexo do direito fundamental no espelho”, de acordo com a terminologia de Pieroth e Schlink. Por outro lado, em algumas situações, a Constituição explicitou os respectivos deveres estatais, tal como se deu com o direito à saúde.<sup>32</sup>

Dispôs, ainda, tratar-se de serviço de relevância pública (artigo 197), reforçando a essencialidade desse direito fundamental, independentemente de ser prestado diretamente pelo Estado ou por particulares<sup>33</sup>. Ademais, previu procedimentos e instituições para a consecução dos deveres enunciados na Seção II do Título VIII, que trata da Ordem Social, especialmente o Serviço Único de Saúde (SUS), delineado no artigo 198, que dispõe que os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção única em cada esfera de governo; consagrou o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, bem como a participação da comunidade na gestão desse serviço de relevância pública.<sup>34</sup>

Para tornar a gestão local do Sistema Único de Saúde menos burocrática, foi permitida a contratação de agentes comunitários de saúde e de combate às endemias através de processo seletivo público, conforme previsto no artigo 198, §4º, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 51/2006, devendo ser observada a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para atuação. Caberá à Lei federal dispor sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o cumprimento do referido piso salarial, forte no §5º do artigo 198, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 63/2010.<sup>35</sup>

Restou assegurada no artigo 199 a participação da iniciativa privada na assistência à saúde, daí por que poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, seguindo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou

---

32 Ibid. p. 327-328.

33 RODRIGUES, Raquel Teixeira Maciel. Atuação do Ministério Público na saúde: o desafio da efetividade. VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 309.

34 Constituição da República Federativa do Brasil.

35 JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 748.



convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (artigo 199, §1º). Restou vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (artigo 199, §2º), bem como a participação direta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (artigo 199, §3º).

No intuito de tornar efetivo o direito à saúde, o artigo 198, §§ 1º ao 3º, da Constituição da República previu formas de financiamento do Sistema Único de Saúde, salientando que será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º); estabeleceu recursos mínimos a serem aplicados anualmente em ações e serviços públicos de saúde pelos entes federados (§2º), sendo que no caso da União será definido em Lei complementar (inciso I). Incumbiu à Lei complementar fixar os percentuais referidos no §2º, bem como definir os critérios de rateio de recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais, bem como estabelecendo as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas, estadual, distrital e municipal, além do cálculo do montante a ser aplicado pela União (§3º). Determinou que a Lei complementar referida fosse reavaliada pelo menos a cada cinco anos, visando que refletisse as necessidades sociais.

Note-se que a Emenda Constitucional n. 29/2000 acrescentou os parágrafos 2º e 3º ao artigo 198 da Constituição, renumerando o antigo parágrafo único para §1º, disciplinando, assim, a forma de custeio do Sistema Único de Saúde. Antes da referida emenda, em que pese se tratar de obrigações de todos os entes federativos, não havia nenhum dispositivo que indicasse a forma de custeio, daí a inclusão dos dois parágrafos ao artigo 198, passando a constar do texto um percentual mínimo do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios.<sup>36</sup>

Diante da possível inércia legislativa, já que a regulamentação das disposições constitucionais citadas ficou a cargo de Lei complementar – que até hoje não foi editada -, a Emenda Constitucional n. 29/00 incluiu o artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, disciplinando o montante de recursos a serem

---

36 VITORELLI, Edilson. Atribuição do Ministério Público Federal em matéria de saúde. VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 287

aplicados em ações e serviços de saúde até a regulamentação da matéria por meio de Lei complementar, conforme aduz o Procurador da República Edilson Vitorelli Diniz Lima.<sup>37</sup>

Mariana Filchtiner Figueiredo comenta a forma de financiamento do Sistema Único de Saúde trazido pelo artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

O artigo 77 do ADCT tem por diretriz a fixação de patamares mínimos de investimento em serviços e ações de saúde, mas progressivamente crescentes (art. 77, *caput*, §1º), cuja aplicação deverá atender, entre outros possíveis parâmetros, ao critério populacional (§3º). Esse dever de progressividade na alocação de recursos pode ser reconduzido a um dever de progressividade mais amplo, previsto pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), atinente à obrigação estatal de assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos contemplados pelo pacto, entre os quais o direito à saúde. Advirta-se, no entanto, que o mesmo artigo 2, alínea 1, do PIDESC, que prevê o dever de progressiva efetivação dos direitos socioambientais, também prevê que a obrigação dos Estados está jungida à aplicação, nos planos econômico e técnico, do máximo de recursos disponíveis – sinalizando que esse dever de progressividade não é, por sua vez, ilimitado.<sup>38</sup>

Verifica-se, assim, que o dever de progressividade deverá levar em conta os recursos disponíveis, de acordo com os planos técnicos e econômicos, uma vez que incumbe ao Poder Público o atendimento de diversas outras necessidades sociais, concomitantemente, resultando da insuficiência de recursos o princípio da reserva do possível, que será tratado adiante.

No entanto, em razão da essencialidade do direito em questão, intrinsecamente relacionado com o próprio direito à vida, a normatização constitucional dos recursos mínimos a serem aplicados nessa área garante a eficácia das disposições constitucionais em tela, reduzindo a discricionariedade legislativa e do Poder Executivo na realização do projeto constitucional, facilitando a fiscalização e implementação das ações e serviços de saúde. Tanto é assim que o descumprimento das normas de financiamento do Sistema Único de Saúde pode ensejar a intervenção, nos termos do artigo 34, inciso VII, alínea e, da Constituição da República.<sup>39</sup>

Do texto constitucional (artigo 198, *caput* e incisos I a III), extrai-se os princípios estruturantes do Sistema Único de Saúde, quais sejam: unidade, descentralização, regionalização, hierarquia, integralidade de atendimento e

---

37 Ibid. p. 288.

38 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde**: Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90 e art. 6º e arts. 196 a 200 da Constituição Federal. 2. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2011. p. 83-84.

39 JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 749.

participação da comunidade. Trata-se de rol exemplificativo que deve ser complementado pelos princípios previstos nas demais normas que tratam do tema, bem como das demais normas constitucionais que tratam da organização e do procedimento nessa área.<sup>40</sup>

A unidade do sistema significa que as ações e serviços de saúde, apesar de descentralizados e regionalizados, fazem parte de um único sistema de saúde, devendo obedecer a um planejamento e comando únicos, devendo haver coordenação dos entes federativos para o integral atendimento das necessidades sociais. Isso não implica, porém, a impossibilidade de programas setoriais ou locais, que são, ao contrário, desejados pelo sistema, uma vez presente a diversidade de necessidades conforme as peculiaridades locais.

Por sua vez, a descentralização decorre do sistema federativo, com a distribuição de competências legislativas e executivas pela Constituição, ao passo que a regionalização e hierarquização desses serviços se relacionam com essa descentralização, visando aproximar o Sistema Único de Saúde das “(...) necessidades de cada comunidade local, procurando adaptar-se ao perfil epidemiológico da população para a qual a assistência à saúde se destina”.<sup>41</sup>

De acordo com Fernando Faith, citado por Mariana Filchtiner Figueiredo:

(...) o princípio da regionalização respalda “uma organização fundada na cooperação entre esses diversos entes federativos, para que se organizem e juntem esforços rumo à consolidação de um sistema eficiente de prestação de ações e serviços públicos de saúde”. O autor destaca que essa gestão compartilhada se dá “por meio de consensos obtidos no âmbito das instâncias administrativas criadas para favorecer esse diálogo, as Comissões Intergestores Tripartites e Bipartites”, ainda lembrando que muitos instrumentos normativos do SUS são elaborados exatamente a partir desses consensos, como é o caso das normas operacionais (v.g, Norma Operacional Básica – NOB/96 e Norma Operacional de Assistência à Saúde – NOAS 01/2002).<sup>42</sup>

No que se refere à integralidade, Edilson Vitorelli esclarece:

A integralidade (inciso II) diz respeito às ações que devem ser desenvolvidas para a prestação de serviços à população. Estabelece o dispositivo que, tanto ações preventivas, estar com caráter prioritário, quanto ações para diagnóstico, tratamento e cura da doença devem ser desenvolvidas pelo Poder Público, cabendo ao Estado, portanto, o dever de desenvolver, na área da saúde, tanto medidas preventivas, quanto curativas. O inciso II do artigo acima citado deve ser interpretado de forma ampla, abarcando o dever do Estado de fornecer produtos que, embora não tenham caráter medicinal, já que não destinados à cura de doenças, são indispensáveis para manutenção da saúde, o que legitima, por exemplo, o ajuizamento de ações para obrigar o Estado a fornecer

40 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde:** Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90 e art. 6º e arts. 196 a 200 da Constituição Federal. 2. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2011. p. 63.

41 Ibid. p. 68-69.

42 Ibid. p. 69.

insumos alimentícios especiais e fraldas descartáveis àquelas pessoas acometidas por doenças ou lesões que afetam o sistema fisiológico.<sup>43</sup>

A integralidade do atendimento compreende, assim, todo o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, comunicando-se com os princípios da unidade e hierarquização do sistema.

No plano infraconstitucional, tratam do Sistema Único de Saúde as Leis n. 8.080/90 – conhecida como Lei Orgânica da Saúde – e Lei 8.142/1990 – que trata da participação da comunidade no sistema e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros, democratizando a gestão desse sistema.

Explicitada previsão constitucional do direito à saúde, suas características e princípios, passa-se a demonstrar a justiciabilidade desse direito fundamental, no caso de omissões inconstitucionais dos poderes públicos.

## 5.2 Justiciabilidade do direito à saúde

Durante muito tempo vigorou a ideia de que as normas constitucionais que previam direitos sociais prestacionais não passavam de normas programáticas, dependentes de concretização legislativa, impedindo a exigibilidade judicial desses direitos. Dessa forma, prevalecia uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação dos poderes, que se opunha à intervenção judicial no controle das políticas públicas, próprias dos poderes Legislativo e Executivo, conforme ensina Daniel Sarmento.<sup>44</sup>

Esse também é o ensinamento de Marcelo Novelino, que destaca a existência de corrente contrária a sindicabilidade dos direitos sociais:

Há quem negue a possibilidade de cada pessoa necessitada exigir do Estado prestações fundadas em determinadas normas de direitos sociais.

Alegam que muitas dessas normas, em razão de sua natureza e enunciado, possuem apenas *eficácia negativa*, não gerando um direito subjetivo para o indivíduo. Esta espécie de eficácia consiste na aptidão da norma para *impedir* que os poderes públicos pratiquem atos que a contrariem ou para *invalidar* atos preexistentes incompatíveis com ela. No entanto, não se tornam aptas a serem aplicadas ao caso concreto sem a complementação de seus comandos por uma outra vontade (*eficácia positiva*).

Os que são contrários à sindicabilidade dos direitos sociais argumentam ainda que a interferência do Poder Judiciário nas demandas a serem priorizadas seria **antidemocrática** e incompatível com o **princípio da separação dos**

43 VITORELLI, Edilson. Atribuição do Ministério Público Federal em matéria de saúde. VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 283-284.

44 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179.

**poderes**, uma vez que, em razão da escassez de recursos orçamentários, a escolha sobre quais direitos merecem ser priorizados deveria recair sobre os representantes do povo eleitos democraticamente para tal fim (Legislativo e Executivo).<sup>45</sup>

No mesmo sentido, também, traz-se a lição de Dirley da Cunha Júnior:

A doutrina germânica e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) entendem que o reconhecimento dos direitos sociais *depende* da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem o seu objeto (saúde, educação, assistência, etc.). Para além disso, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos.<sup>46</sup>

Essa corrente prestigia a separação dos poderes em detrimento da efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sob o fundamento de que as decisões que concedam prestações incumbiriam aos poderes Legislativo e Executivo.

De outro lado, há quem sustente a plena justiciabilidade dos direitos sociais, com base na unidade e interdependência dos direitos fundamentais, sustentando que a efetividade desses direitos não pode estar condicionada à discricionariedade do legislador e do Executivo, sob pena de reduzir-se a zero a eficácia dos direitos fundamentais, na linha do que expõe Dirley da Cunha Júnior:

Queremos expressar, com isso, que a dita liberdade de conformação do legislador encontra nítidos limites e está vinculada à observância do *padrão mínimo* para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna. Isso significa, evidentemente, que, não atendido esse padrão mínimo, seja pela omissão total ou parcial do legislador, o Poder Judiciário está legitimado a interferir – num autêntico controle dessa omissão inconstitucional – para garantir esse mínimo existencial, visto que ele “é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social)”, não satisfazendo os direitos fundamentais sociais. Assim, as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos *deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais*, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário.<sup>47</sup>

A aceitação da implementação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário também é destacada por Marcelo Novelino:

O discurso contrário à eficácia positiva dos direitos sociais, outrora predominante em nossa doutrina e jurisprudência, vem sendo gradativamente

45 NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 470-471.

46 JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 760.

47 Ibid. p. 764.

substituído por uma postura mais ativista do Poder Judiciário no sentido de conferir a merecida efetividade a esses direitos fundamentais. Conforme constata Andreas Joachim KRELL, em festejada obra sobre o tema, “em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais”. Embora seja inegável que alguns direitos sociais tenham apenas uma dimensão objetiva, a grande maioria, na qualidade de direitos fundamentais, possui também um dimensão objetiva, conferindo aos cidadãos o direito de exigir do Estado determinadas prestações materiais. As diretrizes e os programas de ação traçados por uma Constituição rígida são vinculantes e obrigatórios e não meros conselhos ou exortações morais para o legislador. Andreas Joachim KRELL afirma que “a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos”.<sup>48</sup>

Ademais, em razão da força normativa e da máxima efetividade da Constituição, o princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de insuficiência, é importante critério orientador da possibilidade de intervenção judicial na esfera dos direitos sociais prestacionais, sendo utilizado para verificar a proporcionalidade das omissões estatais potencialmente violadoras de direitos fundamentais.<sup>49</sup>

Se anteriormente não se aceitavam decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados – correspondentes a direitos sociais constitucionalmente positivados -, atualmente a situação se inverteu, podendo-se afirmar que atualmente o Poder Judiciário brasileiro “leva a sério” os direitos sociais, como autênticos direitos fundamentais, conforme argumenta Daniel Sarmento.<sup>50</sup>

Essa nova interpretação dos direitos sociais também se deve ao denominado “neoconstitucionalismo(s)” que, apesar não apresentar um conteúdo preciso, possui as seguintes características centrais apontadas por Sarmento:

(...) valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.<sup>51</sup>

48 NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 471.

49 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 197-199.

50 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 180.

51 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 49.

A expressão neoconstitucionalismo, de acordo com Daniel Sarmento, surgiu na Espanha e na Itália, tornando-se mais conhecida no Brasil após divulgação de coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo Mexicano Miguel Carbonell, publicada na Espanha em 2003, influenciando fortemente a doutrina brasileira.<sup>52</sup>

Quanto à ausência de uniformidade na doutrina na definição do que seria neoconstitucionalismo, o referido autor leciona:

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Haberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosófica política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método no Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer método na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas.<sup>53</sup>

Não obstante, algumas características do neoconstitucionalismo são apontadas com relativa uniformidade entre os autores que tratam do tema, especialmente para destacar a Constituição da República como norma jurídica, dotada de força normativa e vinculante, com eficácia irradiante sobre todo o ordenamento jurídico, caracterizando o fenômeno da constitucionalização do direito, valorizando a adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis de hermenêutica constitucional, com destaque para a ponderação, e abertura da argumentação jurídica a preceitos morais, colocando o Poder Judiciário em posição de destaque na implementação dos valores constitucionais.<sup>54</sup>

Confira-se a lição de Ricardo Maurício Freire Soares:

Como expressão do pós-positivismo no Direito Constitucional, a doutrina vem utilizado as expressões “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou constitucionalismo de direitos” para designar um novo modelo jurídico que representa o Estado constitucional de Direito no mundo contemporâneo, com reflexos diretos no modo de interpretar uma Constituição.

[...]

Nesse sentido, as Constituições atuais apresentam duas características básicas: a vinculação da noção de poder constituinte à ideia de uma legalidade superior de base constitucional, despindo-a do significado revolucionário; a concepção de que uma Carta Magna desempenha dupla função de marco normativo para o jogo democrático e de referência diretiva para o futuro, ao

---

52 Ibid. p. 234-235.

53 Ibid. p. 235.

54 Ibid. p. 252.

estabelecer princípios que devem reger a comunidade. Daí decorrem repercussões importantes do neoconstitucionalismo.<sup>55</sup>

Dessas características decorrem alteração da compreensão do princípio da separação dos poderes, sendo favorável ao desenvolvimento do ativismo judicial, baseada em uma concepção substantiva de democracia, rompendo, assim, a rígida separação dos poderes que outrora predominava, concluindo-se que:

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação dos poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitam a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência.<sup>56</sup>

Além disso, Jane Reis Gonçalves Pereira destaca a evolução do princípio da proporcionalidade e sua importância para a concretização judicial dos direitos sociais, sem que se possa falar em ofensa à separação dos poderes:

A regra da proporcionalidade surgiu, originariamente, como um parâmetro de avaliação de constitucionalidade das intervenções promovidas pelo Estado nos direitos fundamentais. Tornou-se, assim, uma ferramenta hermenêutica voltada para o controle das ações estatais potencialmente violadoras de direitos. Não obstante, a proporcionalidade vem sendo empregada também como um instrumento de avaliação da legitimidade das omissões estatais, funcionando nesse caso como uma escala que determina em que medida o Estado deve agir para promover a proteção dos direitos fundamentais. Essa aplicação do imperativo da proporcionalidade tem origem na compreensão de que os direitos fundamentais, para além de impor ao Estado um dever de não ofendê-los, encerram um comando dirigido aos órgãos do poder no sentido de atuar positivamente para protegê-los. Nessa perspectiva, entende-se que das normas de direitos fundamentais emanam diversos deveres de proteção. Esses deveres podem assumir vários perfis, dentre os quais podem ser destacados a obrigação do Estado de impor sanções penais e civis nas hipóteses de violação dos direitos por terceiros e o imperativo de tutela dos direitos sociais.<sup>57</sup>

O princípio (ou regra) da proibição de proteção insuficiente manifesta-se, portanto, como importante instrumento de legitimação da intervenção judicial em

---

55 SOARES, Ricardo Maurício Freire. A interpretação constitucional: uma abordagem filosófica. NOVELINO, Marcelo. (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: teoria da constituição. Bahia: Juspodivm, 2009, p. 133-134.

56 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 49.

57 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 197-199.



matéria de direitos sociais, com destaque para os casos que envolvam prestações de saúde, conforme conclui a referida autora:

O princípio em questão tem ainda importante campo de aplicação no domínio dos direitos sociais, podendo ser útil como critério regulador da intervenção judicial nesse domínio. Nesse sentido, a vedação de insuficiência foi mencionada no julgamento de pedidos de suspensão de segurança em que o STF manteve decisões judiciais que determinaram ao Poder Público fornecimento de medicamentos e tratamentos.

Por fim, vale fazer o registro de que a *proporcionalidade* como vedação de proteção insuficiente, muitas vezes, revela um potente instrumento a serviço do ativismo judicial, na medida em que amplia sobremaneira as hipóteses de intervenção do Judiciário no espaço de conformação do Legislativo. Por esse motivo, o recurso a essa metodologia de controle das omissões estatais deve ser marcado por uma ampla cautela e deferência ao princípio da separação dos poderes, reservando-se seu uso para as hipóteses de vulneração manifesta aos deveres de proteção que derivam dos direitos fundamentais.<sup>58</sup>

O Supremo Tribunal Federal entende o direito fundamental à saúde como direito subjetivo, reconhecendo a possibilidade de determinação judicial para fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos diferenciados. As primeiras decisões datam do ano de 1999, em que houve o julgamento do Recurso Extraordinário n. 271.286, que constitui acórdão paradigma na matéria, segundo Paulo Gilberto Cogo Leivas, destacando, ainda, que:

Decisão monocrática da Min. Ellen Grace, em pedido de suspensão de tutela antecipada, chegou a ser entendida como o início da virada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que foi interpretada como impossibilidade de judicialização de prestações de saúde. Tal entendimento, contudo, chegou a ser afastado explicitamente pela Ministra em julgado posterior.

Com o fim de subsidiar suas decisões em processos de competência da Presidência, o Min. Gilmar Mendes convocou audiência pública em que especialistas foram ouvidos sobre o tema. Decisão no pedido de tutela antecipada (STA 175-178) incorpora as contribuições colhidas nessa audiência.

Nessa decisão foi então reafirmada a justiciabilidade do direito fundamental à saúde e estabelecidos parâmetros para decisões judiciais em termos que provam uma ponderação correta entre esse direito e o princípio formal da separação dos poderes.

A aplicação dos subpreceitos da proporcionalidade no sentido da proibição de insuficiência fornece um procedimento capaz de garantir decisões racionais e proporcionais sobre direito à saúde.<sup>59</sup>

Verificada a possibilidade de concessão judicial dessas prestações, necessário o estabelecimento de parâmetros para essa sindicabilidade de direitos

---

58 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 197-199.

59 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 635-636.

sociais prestacionais, levando em conta que os recursos financeiros são escassos e as necessidades públicas a serem atendidas são inúmeras, cabendo as “escolhas trágicas”, em princípio, ao Legislador, como manifestação do princípio democrático, que se relaciona com a noção de autogoverno popular.<sup>60</sup>

A fixação desses limites à atuação judicial é importante para que não se ofenda o princípio democrático. Aliás, os críticos do controle judicial dos direitos sociais argumentam que os membros do Poder Judiciário não são eleitos democraticamente pelo povo, não possuindo mandato eletivo, não podendo, por isso, interferir nas decisões adotadas pelos representantes legitimamente eleitos, especialmente diante da escassez de recursos públicos. Ademais, os poderes Legislativo e Executivo estariam mais preparados e assessorados tecnicamente – capacidades institucionais do intérprete – realizar decisões alocativas de recursos financeiros, que seria uma decisão política.<sup>61</sup>

Nesse contexto, o Poder Judiciário vem desempenhando papel central na interpretação constitucional e, conseqüentemente, na efetivação de direitos fundamentais sociais, tendo o Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, efetivado amplo controle de políticas públicas, utilizando-se de amplo sistema de controle de constitucionalidade das leis, gerando questionamentos sobre a legitimidade dessa proeminência que têm exercido sobre os Poderes Legislativo e Executivo, conforme expõe Glauco Salomão Leite:

Após a Expansão da jurisdição constitucional na segunda metade do séc. XX, seja através dos Tribunais Constitucionais, seja mediante a reorganização de Cortes Supremas, surge novamente a preocupação em torno da sua legitimidade democrática. A doutrina tem introduzido no debate nacional a antiga controvérsia acerca da compatibilidade entre jurisdição constitucional e o regime democrático. Especialmente nos Estados Unidos, onde a jurisdição constitucional já existe desde o século XIX, esse debate é bastante conhecido e costuma reaparecer de época em época a depender, em particular, do protagonismo da Suprema Corte nas intervenções sobre os demais poderes estatais. Cumpre esclarecer que os principais ataques são dirigidos ao controle de constitucionalidade realizado por órgãos judiciais, isto é, à compatibilidade institucional para decidir, em caráter definitivo, sobre a validade de uma lei, o que pode trazer como resultado a sua não-aplicação.<sup>62</sup>  
[...]

60 SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 181-184.

61 Ibid. p.185.

62 LEITE, Glauco Salomão. **Supremacia judicial, direitos fundamentais e democracia: o controle judicial das leis na encruzilhada?** CARBONELL, Miguel; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais.** Bahia: Juspodivm, 2011, p. 539-540.

Forte crítica tem sido atribuída ao Poder Judiciário na interpretação e efetivação dos direitos fundamentais sociais, no sentido de que estaria substituindo a vontade dos representantes do povo sem possuir legitimação popular, nem mesmo qualquer outro meio de controle popular, sem a utilização de método na o exercício da hermenêutica constitucional e argumentação jurídica racional, o que caracterizaria um “decisionismo”, isto é, decisões casuísticas, Glauco Salomão Leite:

Além da excessiva judicialização dos conflitos, da centralização da interpretação constitucional (fortalecida com a prerrogativa de ter o tribunal o “monopólio da última palavra”), pode-se acrescentar um novo ingrediente no cenário: o decisionismo. Isso pode ser ilustrado a partir da afirmação do mais novo integrante do STF, o Min. Luiz Fux sobre como decide os casos sob a sua apreciação: “Primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução. Assim, nessa ordem de ideias, a noção de justiça do referido Ministro, se compartilhada por mais cinco integrantes da Corte, poderia prevalecer sobre a noção de justiça da maioria da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. 63

Para Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, alguns direitos fundamentais sociais que exijam prestações materiais já estão adequadamente delimitados no texto constitucional, possuindo alta densidade normativa, motivo pelo qual poderiam ser exigidos judicialmente (direitos originários a prestação). De outro lado, a maioria dos direitos a prestação depende da interposição do legislador, em razão de seu objeto e das características como estão enunciados na Constituição da República, sustentando o seguinte:

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente formadas – tudo a apontar o Parlamento como a sede precípua dessas deliberações e, em segundo lugar, a Administração.<sup>64</sup>

Em se tratando de direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal já fixou alguns parâmetros que servem para nortear a implementação judicial, especialmente em relação à concessão de medicamentos, muito embora sujeito a críticas, diante da amplitude com que vem reconhecendo a sindicabilidade desses direitos em ações individuais.

---

63 Ibid. p. 557.

64 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 261.

A fixação dos parâmetros da jurisprudência nacional se iniciou com o julgamento do Recurso Extraordinário 271.286, relator Ministro Celso de Melo, no qual o Município de Porto Alegre foi condenado ao fornecimento de medicamento para soropositivo para HIV. No entanto, o tribunal entendeu possível a aplicação analógica da norma que dispensa licitação nos casos de calamidade pública ou emergência quando caracterizada urgência capaz de causar prejuízos à saúde e segurança dos cidadãos. Afirmou, assim, posição explícita pela sindicabilidade do direito à saúde como direito fundamental, com a característica de direito subjetivo público, além de reconhecer o direito de acesso universal e igualitário, fundamentado no artigo 196 da Constituição e no direito à vida, segundo Paulo Gilberto Cogo Leivas.<sup>65</sup>

O referido autor, comentando a decisão proferida no Recurso Extraordinário 271.286, tece críticas aos parâmetros que vem sendo utilizados, por não estabelecerem critérios seguros e limites para a atuação judicial, conforme se vê da seguinte passagem:

Embora seja uma decisão que consagre a jusfundamentalidade e subjetivação do direito à saúde, que faz jus a uma inequívoca vontade do constituinte soberano e atende aos propósitos dos movimentos sociais no campo do direito à saúde e dos direitos humanos, o acórdão pode ser criticado pela ausência de critérios e de limites da atuação judicial.

Esta lacuna talvez seja uma das razões pelas quais o Poder Judiciário tenha sido pouco criterioso, em geral, no julgamento ações judiciais para prestações de saúde, ressalvada a exigência óbvia de receita médica e, em alguns casos, de pacientes do SUS e/ou hipossuficientes.<sup>66</sup>

Nas decisões monocráticas proferidas nas Suspensões de Tutela Antecipada 175 e 178 pelo Ministro Gilmar Mendes foram fixadas importantes diretrizes na matéria, tendo em vista que ele convocou audiência pública para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria, especialmente para:

(...) discutir a responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; fraudes no Sistema Único de Saúde.<sup>67</sup>

---

65 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 636-638.

66 Ibid. p. 638.

67 Ibid. p. 641.

No julgamento, que tratava de pedido de Suspensão de Tutela Antecipada contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que havia deferido tutela antecipada em desfavor de Município, determinando o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat), em favor de paciente portador da doença Niemann-Pick Tipo “C”, foram aplicadas as conclusões das audiências públicas realizadas, acarretando o indeferimento dos pedidos, conforme relata Leivas, acrescentando que:

(...) O Ministro Gilmar Mendes afirmou que, após ouvir as diversas manifestações na audiência pública, far-se-ia necessário um redimensionamento da questão da judicialização da saúde no Brasil em razão de que, na maioria das vezes, a judicialização não decorre de omissão absoluta do estado em matéria de políticas públicas voltadas para prestações de saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas públicas já estabelecidas. Com isso, ele afasta a crítica que afirma a interferência do poder judiciário em esfera de discricionariedade do poder executivo no âmbito da saúde pública.

Para o Presidente do STF, a justiciabilidade do direito fundamental à saúde não fundamenta, contudo, o deferimento de qualquer ação de saúde, porque isso geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS “de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada”.

O Poder Judiciário, porém, pode deferir medida diferente da custeada pelo SUS se, por razões específicas do organismo de determinada pessoa, seja comprovado que o tratamento fornecido não é eficaz.

Nesse sentido, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, embora devam ser considerados no julgamento dessas ações, não são inquestionáveis e, por conseguinte, podem ser contestados judicialmente, especialmente se estão desatualizados.<sup>68</sup>

Verifica-se, assim, que tem sido conferida sindicabilidade plena ao direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário brasileiro, não significando, porém, que será concedida toda e qualquer prestação de saúde postulada judicialmente, conforme se verá no capítulo seguinte, que trata do princípio da reserva do possível.

### **5.3 Prestações de saúde e o princípio da reserva do possível**

Com efeito, a Constituição tratou de forma pormenorizada do direito à saúde, conferindo-lhe a característica de direito público subjetivo, com atribuição explícita de deveres ao Estado, evidenciando, assim, a juridicidade das normas constitucionais que tratam desse direito social fundamental.

Por outro lado, dada a escassez dos recursos financeiros do Estado, não é possível atender todas as demandas sociais, o que tem acarretado a postulação judicial desses direitos, tanto em demandas coletivas como individuais.

---

68 Ibid. p. 641.

Dessa forma, como a concessão de direitos sociais depende da disponibilidade de recursos financeiros, a doutrina germânica e o Tribunal Constitucional Federal Alemão passaram a entender que o reconhecimento desses direitos dependeria da disponibilidade de recursos financeiros, daí surgindo o denominado princípio da reserva do possível:

A doutrina germânica e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) entendem que o reconhecimento dos direitos sociais *depende* da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfação das prestações materiais que constituem o seu objeto (saúde, educação, assistência, etc.). Para além disso, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos.

Canotilho chama esse limite de *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*, para o Tribunal Constitucional Federal Alemão) para significar que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade dos recursos econômicos. A doutrina nacional, lamentavelmente e não sem equívoco, vem acolhendo comodamente essa criação do direito estrangeiro, aceitando-a indiscriminadamente como obstáculo à efetividade dos direitos sociais.<sup>69</sup>

Gilmar Mendes aponta que a efetivação dos direitos sociais encontra limite na reserva do financeiramente possível, bem como salienta a existência de corrente doutrinária que rejeita a sua aplicação no Brasil:

Noutras palavras, como os direitos sociais demandam medidas redutoras de desigualdades – não por acaso o velho Marx dizia que igualdade é igualação – e essas medidas dependem quase que exclusivamente de investimentos estatais, até porque a solidariedade não é algo que se possa impor a mentes e corações egoístas por tudo isso, o grande problema para a efetivação desses direitos reside mesmo é na escassez de recursos para viabilizá-los – o chamado *limite do financeiramente possível* -, perversamente mais reduzidos onde maior é a sua necessidade, ou seja, naqueles países absolutamente pobres, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

Se esse é o panorama geral, uma espécie de *senso comum* dos juristas que se debruçam sobre o problema da efetividade dos direitos sociais, não são poucos, por outro lado, os que se insurgem contra a entronização da *reserva do possível* como limite fático à concretização dos direitos sociais. Isso porque, protestam esses inconformados, apesar da realidade da escassez de recursos para bancar prioridades entre as diversas metas a atingir, racionalizando a sua utilização, a partir da ideia de que determinados gastos, de menor premência social, podem ser diferidos, em favor de outros, reputados indispensáveis e urgentes – afinal de contas, todos sabemos que *a fome não pode esperar* -, quando mais não seja por força do princípio da *dignidade da pessoa humana*, que, sendo o valor-fonte dos demais valores, está acima de quaisquer outros, acaso positivados nos textos constitucionais. Inserem-se nessa frente de combate aqueles que, afinados com ideias semelhantes às de Andreas Krell e tantos outros, acoimam de “falaciosa” a reserva do possível, deplorando a indiferença dos que, de costas voltadas para o que é essencial, não se dão conta de que “se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento, serviço de dívida), onde sua aplicação não está

69 JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011. p. 760.

intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde.<sup>70</sup>

No mesmo sentido, o Procurador Federal Eduardo Henrique de Almeida Aguiar, com a propriedade que lhe é peculiar, leciona:

Tendo em vista o fato de que a Administração Pública não detém verbas para proporcionar a requerida dignidade a todos, através da implementação universal das políticas públicas requeridas, é que surge a teoria da reserva do possível, segundo a qual não se pode exigir do Estado mais do que ele tem condições de prover aos seus administrados.<sup>71</sup>

Tem-se, assim, que o princípio da reserva do possível é aplicável ao contexto brasileiro, no qual as desigualdades sociais tornam necessários investimentos em inúmeras áreas de vital importância para a população, ao passo que os recursos financeiros para tanto são escassos, sendo certo que não há como atender todas as demandas sociais ao mesmo tempo:

Sem embargo, este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos, e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. É certo que esta não é uma característica exclusiva dos direitos sociais, fazendo-se presente também nos direitos individuais e políticos, cuja plena exigibilidade judicial ninguém questiona. Afinal, proteger a propriedade, prestar a jurisdição, promover eleições etc., são atividades que também importam em gastos públicos. Contudo, é indiscutível que esta faceta onerosa é especialmente saliente nos direitos sociais. Neste quadro de escassez, não há como realizar *hic et nunc*, todos os direitos sociais em seu grau máximo. O grau de desenvolvimento sócio-econômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacheiros não tem como superar. Portanto, não é (só) por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia.<sup>72</sup>

Verificada a aplicabilidade da reserva do possível, necessário o estabelecimento de parâmetros para a sua aplicação. Se seria aplicável o princípio apenas quando inexistentes recursos para aquela prestação específica – o que dificilmente ocorreria – ou se deverá ser verificada a possibilidade de concessão da prestação postulada às demais pessoas que se encontram na mesma situação, existindo grande controvérsia doutrinária nesse ponto.<sup>73</sup>

Daniel Sarmiento propõe critérios para a aferição da reserva do possível fática, com nítida preocupação com a universalização das prestações sociais, evitando-

70 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 711-712.

71 AGUIAR, Eduardo Henrique de Almeida. **Jurisdicionalização de Políticas Públicas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2010, p. 78.

72 SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 181-182.

73 NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 474.

se que as decisões judiciais privilegiem pequena parcela da população, muitas vezes em detrimento dos mais necessitados:

Resta, então, traçar um conceito constitucionalmente correto de reserva do possível, o que tentarei fazer iniciando pelo seu componente fático. Uma possibilidade extrema, que deve ser desde já descartada, seria associar a reserva do possível fática à absoluta exaustão dos recursos públicos. De acordo com esta exegese, uma postulação em juízo compreendida no âmbito de proteção de direito social somente poderia ser denegada se ficasse evidenciada a completa falta de recursos do Estado para satisfazê-la. Esta compreensão me parece incorreta, pois ignora a necessidade do Poder Público de atender a uma infinidade de outras demandas onerosas – muitas delas igualmente alicerçadas na Constituição. Ela permitiria que, em nome da proteção do direito de uma pessoa, todos os direitos e interesses legítimos das demais que necessitariam de recursos públicos fossem completamente sacrificados.<sup>74</sup>

A absoluta inexistência de recursos, portanto, não atende ao princípio da proporcionalidade, pois que acabaria por retirar os recursos indispensáveis para o atendimento de necessidade inadiáveis da coletividade, beneficiando interesses individuais.

Prossegue demonstrando também não ser satisfatória a análise individualizada do impacto econômico da prestação postulada:

Outra interpretação seria a de conceber a reserva do possível como uma avaliação focada na tolerabilidade do impacto econômico da prestação individual do titular do direito fundamental sobre o universo dos recursos públicos existentes. Esta exegese não gera efeitos tão radicais como a primeira, na medida em que preserva a possibilidade de denegação de uma prestação sempre que os seus custos acarretem um impacto muito elevado sobre as contas públicas e possam comprometer gravemente a satisfação de outros direitos fundamentais ou necessidades sociais de igual relevância. Porém, entendo que esta posição também não é correta, falhando por não “levar a sério” a igualdade entre as pessoas.<sup>75</sup>

Por fim, propõe critério centrado na possibilidade de universalização da prestação, que parece contemplar o princípio constitucional da isonomia:

Por isso, entendo que a reserva do possível fática deve ser concebida como a *razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes*. Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, em suma de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta.

74 SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 198-199.

75 Ibid. p. 199.



Não quero com isso dizer que as decisões em matéria de direitos sociais não devem avaliar as singularidades de cada caso, contentando-se com generalizações. Pelo contrário, a análise pormenorizada do caso *sub judice* é uma obrigação incontornável do juiz, que não deve e não pode tratar as pessoas como se fossem meros números, abstraindo de suas necessidades e de pessoas como se fossem meros números, abstraindo de suas necessidades e de seus sofrimentos. O que pretendo salientar é apenas que, em razão do princípio da isonomia, pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento, razão pela qual não se pode exigir judicialmente do Estado que forneça algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições.<sup>76</sup>

Conclui-se, assim, pela aplicabilidade do princípio da reserva do possível quando não for possível universalizar as prestações postuladas para todas as pessoas que se encontram na mesma situação, daí por que as ações coletivas são mais adequadas para a implementação desses direitos, já que leva em conta essa universalização, com instrução mais completa, em que são considerados aspectos que seriam negligenciados em ações individuais.<sup>77</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento as normas que previam direito constitucionais eram tratadas como normas programáticas, cabendo a concretização desses direitos aos Poderes Legislativo e Executivo.

No entanto, com os avanços trazidos pelo neoconstitucionalismo(s), com a abertura do ordenamento jurídico a princípios – com destaque para a força normativa e máxima efetividade da Constituição -, houve mudança de orientação, passando a ser aceita a intervenção judicial para a concretização do projeto constitucional, sem que se caracterize ofensa ao princípio da separação dos poderes, com fundamento em uma noção substancial de democracia.

Nesse contexto, a Constituição Cidadã consagrou pela primeira vez o direito à saúde como direito social fundamental, dotado de fundamentalidade formal e material, com íntima ligação com a realização da dignidade da pessoa humana e com o próprio direito à vida, prevendo-a como direito dos cidadãos e dever do Estado (técnica

---

76 Ibid. p. 199.

77 Ibid. p. 213.

dos deveres fundamentais), além de esmiuçar conjunto de procedimentos e instituições para viabilizar essas determinações.

O Supremo Tribunal Federal vem se posicionando, desde 1999, pela possibilidade de concessão judicial de prestações de saúde, com destaque para as ações que tratam da concessão de medicamentos, concluindo que na maioria das vezes o Judiciário apenas determina o cumprimento de obrigações já previstas em políticas públicas, tratando-se, assim, de omissões inconstitucionais do Poder Público, motivo pelo qual não seriam pertinentes as críticas proferidas no sentido de que estaria se imiscuindo nas funções dos Poderes Legislativo e Executivo.

Ademais, fixou parâmetros para a concessão de prestações materiais judicialmente, privilegiando as diretrizes e protocolos clínicos do Sistema Único de Saúde, apenas admitindo a concessão de prestações quando desatualizados esses protocolos ou comprovada a ineficácia do tratamento em razão das particularidades do paciente.

Apesar de ser plenamente admitida, atualmente, a concessão de prestações de saúde pelo Supremo Tribunal Federal, não é possível a concessão de toda e qualquer prestação requerida, ainda que comprovada a necessidade, pois dependerá da suficiência de recursos financeiros para tanto (princípio da reserva do possível).

Compartilha-se dos parâmetros propostos por Daniel Sarmiento, a fim de que o Poder Judiciário não se torne instrumento que privilegie pequena parcela da população, em detrimento da maioria mais necessitada, já que o acesso à justiça não é igualitário no Brasil.

Dessa forma, embora as prestações de saúde configurem direito fundamental “prima facie”, atendidos os requisitos estipulados pelo Supremo Tribunal Federal, poderá haver denegação das prestação requerida quando comprovadamente não for possível concedê-la a todas as pessoas que se encontrem na mesma situação.

## 7. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Eduardo Henrique de Almeida. **Jurisdicionalização de Políticas Públicas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. A proteção dos “direitos e garantias individuais” em face de EC à luz da jurisprudência do STF. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres Fundamentais. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde: Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90 e art. 6º e arts. 196 a 200 da Constituição Federal**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2011.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011.

LEITE, Glauco Salomão. Supremacia judicial, direitos fundamentais e democracia: o controle judicial das leis na encruzilhada? CARBONELL, Miguel; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Bahia: Juspodivm, 2011.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamentao à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Método, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da Proporcionalidade e da Razoabilidade. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Raquel Teixeira Maciel. Atuação do Ministério Público na saúde: o desafio da efetividade. VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A interpretação constitucional: uma abordagem filosófica. NOVELINO, Marcelo. (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da constituição**. Bahia: Juspodivm, 2009.

STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

VITORELLI, Edilson. Atribuição do Ministério Público Federal em matéria de saúde. VITORELLI, Edilson (org.). **Temas aprofundados do Ministério Público Federal**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhuera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e o professor orientador de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas no presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Laguna/SC, 13 de outubro de 2011.

