

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Julio Rafael Buhl de Azevedo

A Efetivação do Direito Fundamental Social à Saúde

Porto Alegre

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Julio Rafael Buhl de Azevedo

A Efetivação do Direito Fundamental Social à Saúde

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado junto ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Domingos Sávio Dresch da Silveira

Porto Alegre

2010

RESUMO

O núcleo do presente trabalho gira em torno do direito fundamental social à saúde, cujo substrato constitucional resta amparado pelos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. Analisa, primeiramente, o direito à saúde na condição de direito fundamental social, passando pelo cotejo de alguns dos aspectos mais relevantes para a efetivação desse direito. Dentre esses objetos, destaca a importância da implementação/efetivação de políticas públicas, bem como as diferentes correntes acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nesse campo. Aborda, por fim, o posicionamento que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de demandas que pleiteiam o fornecimento de medicamentos.

Palavras-chave: Saúde. Direito Fundamental Social. Efetivação. Políticas Públicas. Medicamentos. Superior Tribunal Federal.

ABSTRACT

The core of this work revolves around the fundamental social right to health, which remains supported by the substrate constitutional Articles 6 and 196 of the Constitution. Examines, first, the right to health seen as fundamental social right, through the collation of some of the most important aspects for the realization of this right. Among these objects, highlights the importance of implementation / execution of public policies, and the different currents about the possibility of intervention by the judiciary in this field. Finally, discusses the stance that has been adopted by the Supreme Court in the trial of claims that wish to provide medicines.

Key words: Health. Social Health Fundamental Right. Effective. Public Policy. Medicines. Superior Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A CONSTRUÇÃO DO DIREITOS FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE	8
1.1 Direitos Fundamentais: aspectos gerais	8
1.2 As Gerações de Direitos Fundamentais	11
1.1.1 Direitos de Primeira Geração	12
1.2.1 Direitos de Segunda Geração	14
1.2.2 Direitos de Terceira Geração	16
1.3 Direitos Fundamentais Sociais na CF/88	17
1.3.1 Direito Fundamental Social à Saúde	19
1.3.1.1 Evolução da consagração constitucional do direito social à saúde	19
1.3.1.2 Aspectos legais do desenvolvimento da proteção à saúde no Brasil	22
1.3.1.3 Conceito jurídico da saúde	24
2. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A EFEITIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE	27
2.1 O Direito à Saúde sob o prisma defensivo	27
2.2 O Direito à Saúde sob o prisma positivo	30
2.2.1 A noção de mínimo existencial	32
2.2.2 Políticas Públicas	35
2.2.2.2 Intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas	38
2.2.2.2.1 A Corrente da extrema impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário	39
2.2.2.2.2 Corrente da possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas quando envolvam prestações positivas do Estado em casos extremos	41
2.2.2.2.3 A Corrente da inequívoca possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas sempre que houver violação de direito fundamental	44
2.2.3 A questão da reserva do possível	48
3. O olhar do Supremo Tribunal Federal sobre a efetivação do Direito Social à Saúde	52
5.1 Considerações iniciais	52

3.2 Construção jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal	53
3.3 Audiência pública da saúde e as novas diretrizes	63
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

O estudo do direito à saúde pode ser realizado através de inúmeras diferentes maneiras. Também a exploração de suas conseqüências no campo da prática jurídica possibilita o enfoque sobre uma vasta gama de situações específicas. O que, por um lado, proporciona àqueles que se interessam pelo tema um amplo espaço para a exploração científica, por outro, acaba gerando certa dificuldade quando se busca delimitar o conteúdo a ser aprofundado.

A importância do assunto, contudo, fez com que esse desafio fosse superado pelo desejo de compreender-se uma das discussões jurídicas mais presentes no dia-a-dia daqueles que lidam com o direito. Órgãos julgadores, Defensoria Pública, Ministério Público, Advocacia da União, Procuradorias dos Estados e Municípios – todos a nível estadual ou federal, bem como nas diferentes instâncias – a relevância e atualidade do tema estão comprovados pelo significativo número de ações cujos fundamentos restam amparados na garantia constitucional do direito à saúde e que tomam lugar nas dependências dos referidos órgãos.

A judicialização do direito à saúde é, atualmente, um fenômeno singular, que a cada dia ganha maiores proporções. Carrega, em cada demanda individual (e/ou coletiva), o anseio de pessoas que, desamparadas pelo Estado, batem às portas do Terceiro Poder não simplesmente pedindo, mas sim exigindo, que se façam valer as disposições previstas em nossa Constituição e também em leis infraconstitucionais.

Contra essa enxurrada de ações, desponta o Estado lançando mão dos mais diversos fundamentos, desde a impossibilidade de o Poder Judiciário lidar com questões que estariam adstritas à órbita de competência dos demais poderes, bem como – e principalmente – razões de ordem financeira.

Sem pretender esgotar toda a amplitude e nuances que o tema comporta, o estudo no presente trabalho tem como objetivo expor os principais aspectos jurídicos e discussões doutrinárias ligados ao direito à saúde e a sua efetivação.

Em linhas gerais, tomar-se-á como ponto de partida a análise dos direitos fundamentais e o entendimento de que a saúde resta erigida à condição de direito fundamental social.

A seguir, adentrar-se-á na questão das políticas públicas, mecanismo através do qual é possível ao Poder Público dar concretude às disposições constitucionais,

passando-se pela caracterização das diferentes correntes que abordam a possibilidade de o Poder Judiciário intervir nessa seara.

Finalmente, far-se-á, por meio de precedentes, uma leitura a respeito do posicionamento que o Supremo Tribunal Federal tem adotado quando instado a manifestar-se sobre demandas em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos, salientando-se os parâmetros mais recentes definidos pela Corte para o julgamento de ações dessa natureza.

A razão deste trabalho é, pois, buscar elucidar e compreender as principais matizes relacionadas ao tema proposto, dando-se especial enfoque à jurisprudência construída pelo Excelso Pretório.

1. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

1.1. Direitos Fundamentais: aspectos gerais

Primeiramente, impende destacar que grande parte da doutrina estudada para a realização do presente trabalho aponta para a dificuldade em definir-se, com exatidão, um conceito de direitos fundamentais. Não é, por acaso, que Sarlet alerta para a existência de *“heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual¹”* no que concerne à expressão “direitos fundamentais.” Tal dificuldade não se restringe apenas com relação à formulação de um conceito, mas abrange também a circunstância de que, tanto a doutrina, como o direito positivo, utilizam diversas outras expressões quando o assunto diz respeito ao aqui analisado.

Quanto ao ponto, não se pretende adentrar na discussão acerca do significado específico e das diferenças entre os termos atualmente utilizados. Faz-se, contudo, relevante apontar breve distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, comumente usadas como sinônimas. Com efeito, quanto a sua aplicação, ambos são diferenciadas pela doutrina quando a primeira é aplicada para definir *“aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado².”* Por outro lado, o termo “direitos humanos” guarda *“relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).³”*

Através dessas primeiras ponderações, é possível atribuir uma primeira característica aos “direitos fundamentais”, qual seja, a de que esses consistem nos direitos humanos que se apresentam constitucionalizados, isto é, previstos na Lei

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

² *Ibidem*, p. 29.

³ *Ibidem*, p. 29.

Fundamental de determinado Estado. Por esse prisma, enxerga-se a concepção formal dos direitos fundamentais, que assim os considera aqueles catalogados sob o Título II da Constituição Federal⁴. Embora seja possível afirmar que a maior parte dos direitos fundamentais sejam, de fato, os dispostos dentro da designação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Carta Magna, é importante mencionar que também se admite a existência de direitos fundamentais não inscritos no referido Título.

Trata-se da acepção material dos direitos fundamentais, que assim os considera aqueles que repercutem sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade⁵ e, consoante já mencionado, não são necessariamente encontrados dentro da Lei Maior. É a própria Constituição Federal através do seu artigo 5º, § 2º, que sinaliza nesse sentido ao afirmar que *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*. A respeito do tema, vale-se dos ensinamentos do processualista Luiz Guilherme Marinoni, que bem sintetiza o ponto ao referir que *“essa norma permite, por meio da aceitação da idéia de fundamentalidade material, que outros direitos, mesmo que não expressamente previstos na CF, e por maior razão, não enumerados no seu Título II, sejam considerados direitos fundamentais. Isso quer dizer que o art. 5º, 2º, da CF institui um sistema constitucional aberto a direitos fundamentais em sentido material.”*⁶

Pois bem, sem maiores digressões, não se pretende fugir da idéia inicial referida no primeiro parágrafo deste capítulo que é a atribuição de um conceito à expressão “Direitos Fundamentais”. Por óbvio, a tentativa de realização de tal tarefa sem o amparo de uma sólida doutrina foge das pretensões aqui estabelecidas, motivo pelo qual se adotam algumas definições elaboradas por renomados doutrinadores. A respeito da Teoria dos Direitos Fundamentais, Robert Alexy assim os define:

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil volume 1 - teoria geral do processo*. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 68.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. pp. 78-79.

⁶ MARINONI, op. cit., p 69.

Los derechos fundamentales son las situaciones jurídicas que, dada su importancia y significación, no puede dejarse a la discreción de la legislatura. Obedezca los aspectos de tiempo y lugar y revelar la voluntad de la mayoría⁷.

José Afonso da Silva pronuncia-se nos seguintes termos:

Direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana⁸.

Oportuno, ainda, trazer-se a definição dada por Luigi Ferrajoli, para quem:

Son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos em tanto personas, ciudadanos y/o personas capas de obrar⁹.

Trazidos alguns conceitos, cumpre tecer mais uma importante observação antes de adentrar-se no próximo tópico. Isso porque, mais do que a referência a tais definições, mostra-se fundamental a compreensão da importância que a consagração de tais direitos representa para a afirmação e o desenvolvimento de um verdadeiro Estado Democrático de Direito¹⁰. A respeito dessa íntima correlação entre os direitos fundamentais e a noção de Estado de Direito, Sarlet, valendo-se das palavras de Pérez Luño, salienta que *“existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e garantia do Estado de Direito”*¹¹.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 244.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 183.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Trotta. 2001, p. 291.

¹⁰ De acordo com o prescrito no artigo 1º de nossa Constituição, o Estado de Direito compõe um dos fundamentos da República e, nas precisas palavras de Aderson de Menezes, caracteriza-se como *“o Estado juridicamente ordenado, de maneira comum sob a estrutura legal de uma Constituição”*. MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 66.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 60.

É, pois, tal o valor e prestígio atribuído a esses direitos que, parafraseando Paulo Gustavo Gonet Branco¹², pode-se afirmar que eles são hoje o parâmetro de aferição do nível de uma democracia¹³ existente em determinada sociedade. Sintetizando o ponto e ressaltando, por uma vez mais, a autoridade que os mesmos desempenham na construção de um Estado Democrático de Direito, Alexandre de Moraes assevera que os direitos fundamentais “*colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar a dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana*”¹⁴.

1.2. As gerações de Direitos Fundamentais

Conquanto não se desconheça que os primeiros documentos a conter direitos fundamentais tenham sido produzidos na Inglaterra, ainda dentro do período medieval (destaque para a Magna Carta de 1215), prefere-se dar enfoque à perspectiva histórica que os estuda considerando sua evolução através das chamadas “gerações”. Nesse viés, a análise da progressividade das conquistas e avanços dos direitos fundamentais tem como ponto de partida as primeiras positavações dos direitos tidos como inerentes ao homem. Esse marco fulcral tem início na segunda metade do século XVIII, primeiramente com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, ocorrida em 1776 nos Estados Unidos e, pouco tempo depois, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consolidada na França em 1789.

¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e Outros. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1º ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. Página 104.

¹³ O professor Cezar Saldanha Júnior em seu livro “A crise da Democracia no Brasil” ensina que “*democracia não é somente “governo do povo, pelo povo”; não se reduz aos limites estreitos de uma técnica ou de um processo político. É mais, muito mais: é “governo para o povo”, vale dizer, governo que procura realizar o bem do povo, o bem comum, proporcionando as condições necessárias aos membros da comunidade, para que tenham suas exigências básicas (= direitos fundamentais) respeitadas e promovidas.*” JÚNIOR, César Saldanha Souza. *A Crise na Democracia no Brasil: aspectos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 14.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2.

1.2.1 Direitos de primeira geração

Inspirados nas doutrinas iluministas e jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, os direitos de primeira geração nascem a partir do êxito do movimento pelo constitucionalismo e o surgimento do Estado Moderno.

Tal movimento teve surgimento ainda quando em vigência o Estado Absolutista, que não mais atendia às aspirações políticas, econômicas e sociais cada vez mais latentes. Pretendia a juridicização do liberalismo, compreendido esse tanto pelo aspecto político (relacionado à busca da institucionalização de garantias do cidadão frente ao Estado), quanto econômico (visando à implementação de uma economia livre de mercado)¹⁵. Pregava a separação dos poderes, a proclamação dos direitos individuais em um documento constitucional, bem como a estruturação de um estado mínimo, preocupado em regular, sobretudo, a disposição do poder estatal e os limites do seu exercício, visando sempre à preservação da liberdade individual.

Observa-se que o movimento pela constitucionalização, no que diz com o princípio da separação dos poderes e o exercício do poder por um parlamento representativo, mostrava-se em plena sintonia com as aspirações políticas da burguesia, que, após ascender economicamente, reclamava maior participação política e papel ativo na condução dos rumos estatais¹⁶. A implementação dessas novas idéias significava, além disso, a solução que a onda capitalista precisava para ter garantida sua expansão econômica. Pode-se dizer que os novos segmentos econômicos e sociais reivindicavam mudanças em questões estruturais que o antigo regime negava por definição¹⁷.

É com o advento da Revolução Francesa, com a submissão da atuação do poder ao direito e com a consagração dos ideais burgueses que há o surgimento do Estado Moderno, calcado na ideologia liberal de então. É também nesse mesmo período que ganha força a teoria da personalidade jurídica do Estado, uma vez que finda a confusão entre o “Estado” e a figura do monarca, tendo esse agora suas

¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e Outros. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1º ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 108.

¹⁶ *Ibidem*, p. 108.

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 201-202.

atribuições e proibições definidas dentro de uma Constituição. A partir do momento em que se passou a atribuir ao Estado a condição de um sujeito dotado de direitos e obrigações, os direitos fundamentais alcançaram um outro patamar, reconhecendo-se uma esfera de autonomia passível de ser exercitada contra os poderes públicos¹⁸.

Considerando o contexto histórico sucintamente descrito acima, compreende-se por que a primeira geração de direitos fundamentais contemple *“direitos que postulam abstenção dos governantes, criam obrigações de não-fazer, de não intervir sobre aquelas esferas íntimas de cada indivíduo, indispensáveis ao seu digno desenvolvimento”*¹⁹. Sarlet resume bem o aqui exposto ao definir que esses direitos *“objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal”*²⁰. Entende-se, assim, por que se defendia que o Estado deveria ser reduzido ao mínimo, idealizado como necessário tão-somente à manutenção da ordem.

Abrange, pois, os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, direitos de notória inspiração jusnaturalista e que, regulados agora a nível constitucional, outorgavam às pessoas maiores garantias frente ao Estado e à sociedade²¹. Alexandre de Moraes elenca os seguintes direitos de primeira geração: *“igualdade, liberdade, segurança, propriedade, legalidade, livre acesso aos cargos públicos, livre manifestação de pensamento, liberdade de imprensa, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade entre delitos e penas, liberdade de profissão, direito de petição, direitos políticos”*²². Em síntese, conforme destaca Paulo Bonavides, trata-se dos assim chamados direitos civis e

¹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e Outros. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1º ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 108/109.

¹⁹ Ibidem, p. 140.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 168.

²¹ SEVERO, Álvaro Vinícius Paranho e JÚNIOR, Faustino Rosa. *Os direitos da pessoa humana na Constituição Federal de 1988: os direitos sociais podem ser pleiteados na via judicial?* Araken de Assis (organizador). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 78.

²² MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 10.

políticos²³, que, em nossa Constituição de 1988, restam consagrados, substancialmente, nos incisos do artigo 5º, bem como no Capítulo IV do Título II, “Dos Direitos Políticos”.

1.2.2. Direitos de segunda geração

“Com a expressiva influência da Igreja, dos movimentos operários e da expansão do socialismo, a partir do século XIX insurgiu-se a necessidade de uma grande revolução das teorias acerca dos direitos e garantias individuais, especialmente em relação à sua proteção judicial, como forma de superar a distância entre as declarações constitucionais de direitos fundamentais e a realidade social que as negava, de liberdade formal abstrata para liberdade material concreta²⁴.”

De fato, observa-se no aludido período a acentuação de um claro descompasso entre as bases do Estado Liberal e a realidade vivida no seio da sociedade. As liberdades públicas, embora consagradas formalmente, não irradiavam qualquer eficácia para a grande maioria da população, ficando o seu gozo, na realidade, adstrito ao homem burguês²⁵. Percebeu-se, então, que a ideologia, assim como a própria estrutura do Estado, não se preocupavam e nem possibilitavam a criação de mecanismos capazes de transformar a dura realidade social.

O acirramento dessas desigualdades, em muito alimentado pelo fenômeno da exploração do homem pelo homem, aliado aos fatores mencionados, não encontrava resposta diante da inércia estatal. Nas palavras de Paulo Bonavides, “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da

²³ BONAVIES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16º ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 517.

²⁴ NUNES, Anelise Coelho. *A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 32.

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143/144.

sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise²⁶.” Tudo isso ajudou a propagação da idéia da conformação da ordem social pelo Estado, a ele incumbindo a tarefa de intervir na economia, de modo a criar condições favoráveis a uma redução do desnível social. Além disso, também atribuiu-se ao Estado a responsabilidade para a criação de mecanismos aptos a fazer com que os direitos fundamentais, reconhecidos formalmente, pudessem ser alcançados, na prática, por uma gama maior de pessoas, pois, ao contrário dos direitos de primeira geração, os direitos de segunda geração partem do acertado pressuposto de que os homens não se encontram em igual situação.

Verifica-se, então, a adoção de um novo perfil estatal, que passa agora a incluir nos textos constitucionais, não apenas normas relativas à organização, poderes e limites do Estado, como também destinadas à regulamentação da ordem econômica e social. *“Em consequência, o constitucionalismo clássico, erigido com o escopo de garantir as liberdades individuais e políticas e os direitos civis, cede lugar ao constitucionalismo social²⁷”,* surgindo uma nova geração de direitos fundamentais, os direitos de segunda geração. Consoante Paulo Gustavo Gonet Branco, *“uma diferente pletora de direitos ganha espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que reivindicam prestações positivas deste, que cobram dos poderes públicos comportamento ativo na sociedade civil²⁸”*.

Caracterizam-se por outorgar ao indivíduo direito a prestações sociais por parte do Estado, revelando importante mudança no que diz com a eficácia das liberdades constitucionais, que agora deixam o plano formal abstrato e passam para o material concreto. Os direitos de segunda geração abrangem os direitos à assistência social, à educação, à saúde, à segurança, ao trabalho, dentre outros. Além desses direitos de cunho positivo, também são contempladas as denominadas “liberdades sociais”, de que são exemplos as liberdades de sindicalização e o direito de greve²⁹, previstos em nossa Constituição nos artigos 8º e 9º.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 188.

²⁷ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 135.

²⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e Outros. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1º ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 110.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

José Afonso da Silva afirma, com efeito, que o núcleo central de tais direitos é constituído pelo direito do trabalho e pelo direito de seguridade social, gravitando em torno desses os demais direitos³⁰. Essa importante ligação entre o direito do trabalho e os direitos de segunda geração justifica-se na medida em que esses podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial a classe operária³¹.

A primeira constituição a prever direitos sociais em seu texto foi a mexicana, de 1917, seguida pela Constituição da República de Weimar de 1919. Por influência da constituição alemã, a primeira constituição brasileira a inserir um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934. Atualmente, encontram-se os direitos sociais plasmados no capítulo II do Título II da nossa Constituição, complementados, mais adiante, pelas disposições do Título VIII, “Da Ordem Social”.

1.2.3. Direitos de terceira geração

O reconhecimento dos direitos sociais não extinguiu a possibilidade de ampliação do campo dos direitos fundamentais. Pelo contrário, o reconhecimento dos direitos à vida e à liberdade impõe agora a concretização de novos desafios, relacionados à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações³².

Também conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade, os direitos de terceira geração são fruto da massificação cultural ocorrida pela maior integração econômica verificada em nível internacional após a segunda guerra mundial, bem como pelo impacto provocado pela incorporação e uso de novas tecnologias. Têm como nota distintiva o fato de não mais restringirem-se ao homem individualmente considerado, apresentando como titulares “grupos humanos”. Caracterizam-se pela mudança de perspectiva da titularidade dos direitos

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 466.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

³² FILHO, Manoel Gonçalves Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 57.

fundamentais, antes eminentemente vinculada ao sujeito, para oferecer proteção a determinados grupos sociais³³.

Sarlet aduz que os direitos de terceira geração se apresentam “*como direitos de titularidade coletiva ou difusa*”, trazendo como exemplos os “*direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação*”³⁴.

1.3. Direitos Fundamentais Sociais na CF/88

A Constituição da República de 1988 apresentou-se como uma carta sem precedentes dentro da história do constitucionalismo nacional, especialmente no que se refere aos direitos sociais. Esses gozam de um capítulo próprio dentro do Título II, distribuindo-se entre os artigos 6º e 11.

A respeito dessa importante fração da Constituição, Álvaro Vinícius Paranhos e Faustino da Rosa Júnior anotam que:

O título II da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) é uma das principais partes da Constituição, pois consagra a tábua de direitos e deveres fundamentais que a comunidade política brasileira reconhece, dentre os direitos humanos, e assume o compromisso de, conjuntamente com cada um de seus integrantes, possibilitar ao máximo a vivência efetiva e eqüitativa, bem como a garantia do exercício harmônico de cada um destes direitos e deveres³⁵.

José Afonso da Silva, com assento no direito positivo, classifica os direitos sociais em seis classes³⁶, são elas:

³³ NUNES, Anelise Coelho. *A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp.32-33.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48

³⁵ SEVERO, Álvaro Vinícius Paranho e JÚNIOR, Faustino Rosa. *Os direitos da pessoa humana na Constituição Federal de 1988: os direitos sociais podem ser pleiteados na via judicial?* In: ASSIS, Araken de (org.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 69.

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 183.

- 1) Direitos sociais relativos ao trabalhador;
- 2) Direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social;
- 3) Direitos sociais relativos à educação e à cultura;
- 4) Direitos sociais relativos à moradia;
- 5) Direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso;
- 6) Direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Sugere, ainda, uma segunda classificação que toma como base o homem na condição de ser produtor ou consumidor. No primeiro viés, enquadrar-se-iam os direitos previstos nos artigos 7º a 11, ou seja, “*a liberdade de instituição sindical (instrumento de ação coletiva), o direito de greve, o direito de o trabalhador determinar as condições de seu trabalho (contrato coletivo de trabalho), o direito de cooperar na gestão da empresa (co-gestão ou autogestão) e o direito de obter um emprego*”³⁷.

Por seu turno, os direitos sociais do “homem consumidor” seriam os plasmados no artigo 6º e desenvolvidos no título da ordem social, quais sejam, “*os direitos à saúde, à segurança social (segurança material), ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura e garantia ao desenvolvimento da família*”³⁸.

Apenas para ficar no campo restrito deste trabalho, impende dar destaque ao artigo 6º, cujo rol contempla uma gama de direitos predominantemente prestacionais. Convém transcrevê-lo:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, 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.

Tal artigo, consoante já referido, recebe posterior complementação em um título distante espacialmente dentro da Constituição. É o VIII, intitulado “Da Ordem Social”³⁹, em que se encontra esculpido o Direito à Saúde no artigo 196.

Antes de passar-se à análise do objeto principal deste trabalho, cumpre destacar a importância do reconhecimento dos direitos sociais referidos no artigo 6º como direitos fundamentais. Tal atributo lhes confere o status de cláusulas pétreas

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 183.

³⁸ Ibidem, p. 183.

³⁹ Ibidem, p. 285.

e, por conseguinte, a garantia contra qualquer modificação redutora ou tentativa de extinção, ainda que por via constitucional⁴⁰. Além disso, conquanto a observação da realidade aponte que, de modo geral, ainda não se tenha alcançado patamares satisfatórios da efetividade de tais direitos em nossa sociedade, também não se pode desconsiderar a relevância que a referência expressa a esses direitos dentro da Carta Constitucional representa, revelando, sobretudo, um importante “*papel conscientizador*”⁴¹.

1.3.1 Direito Fundamental Social à Saúde

Conforme as considerações realizadas, observa-se que o direito à saúde resta expressamente previsto na Carta Constitucional de 1988, em seus artigos 6º e 196. Com efeito, a nova constituição inova ao referir-se à “saúde” como direito de todos e dever do Estado, a quem incumbe garanti-la através de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos. A consagração no plano jurídico-positivo de tal direito, contudo, não se deu de forma abrupta. Tanto no direito internacional, como na legislação interna brasileira é possível dar destaque a alguns marcos referenciais importantes que antecederam a atual previsão constitucional.

1.3.1.1. Evolução da consagração constitucional do direito social à saúde

No que tange ao primeiro plano, a Declaração Universal da ONU de 1948 apresenta-se como pioneira ao trazer previsão expressa acerca do direito à saúde

⁴⁰ O § 4º do artigo 60 da nossa Constituição assim dispõe:
§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
(...)
IV – os direitos e garantias individuais.

⁴¹ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direitos contitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 28.

em seus artigos 22 e 25⁴², nos quais se vê claramente a realização do direito à saúde como uma questão ligada diretamente à segurança social do ser humano. Visualiza-se também a saúde, ao lado do bem estar, como um elemento intrínseco a um digno padrão de vida de todo o ser humano. Tal concepção vem na esteira do marco teórico-referencial do conceito de saúde erigido pela Organização Mundial da Saúde dois anos antes. Consta no preâmbulo da Constituição da OMS que “*a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença.*” Em que pesem as diversas críticas sofridas por esse conceito, o mesmo apresenta-se como “*o primeiro princípio básico para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos.*”⁴³

Além da Declaração Universal da ONU acima mencionada, outros diplomas jurídicos atinentes ao plano internacional também fazem referência ao direito à saúde e merecem registro. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil, reconhece em seu artigo 12 “*o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental*”. Também a Convenção dos Direitos da Criança e a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1989, ambas ratificadas e incorporadas ao direito interno brasileiro, trazem dispositivos a respeito do tema⁴⁴.

No plano histórico-constitucional brasileiro, constata-se um certo descompasso no que diz com a consagração constitucional do direito à saúde no ordenamento jurídico interno, quando comparado à evolução da legislação sanitária internacional.⁴⁵ As duas primeiras constituições brasileiras, a do Império de 1824 e a

⁴² Artigo 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

⁴³ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 35.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº 11, setembro/outubro/novembro de 2007, pp. 3-4. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=Ingo%20Wolfgang%20Sarlet.

Acesso em 17 de agosto de 2010.

⁴⁵ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

Republicana de 1891, não trazem qualquer regulamentação ou normatização relacionada ao direito à saúde. Tal fato justifica-se se levada em conta a ideologia liberal ainda bastante presente no final do século XIX, bem como a própria insipiência da infraestrutura existente na sociedade brasileira. Ademais, no âmbito internacional também não se encontra qualquer regulamentação quanto ao assunto⁴⁶.

Por sua vez, a Constituição de 1934 – fortemente influenciada pela Constituição de Weimar e marcada pela evidência aos direitos humanos de segunda geração e pela perspectiva de um Estado Social de Direito⁴⁷ - apresenta algumas referências pertinentes a preocupações sanitárias⁴⁸. Em seu artigo 10 traz importante regra, posteriormente adotada pelo Constituinte de 1988, a qual determina competência concorrente entre a União e os Estados para tratar de questões ligadas à saúde.⁴⁹ Tais disposições, entretanto, não se mantiveram com o outorga da Constituição de 1937 e com a promulgação da de 1946, tendo ambas silenciado a respeito do tema da saúde.⁵⁰

Posteriormente, ainda que estando o Brasil entre os signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Constituição de 1967 não contempla qualquer avanço no campo da proteção sanitária, constando como única referência a disposição do artigo 8º, que prescreve ser da União a competência para “estabelecer planos nacionais de educação e de saúde” (inciso XIV).⁵¹

É apenas com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, quarenta anos após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que o Brasil passa efetivamente a positivar constitucionalmente o assunto. Reza o artigo 196 da Constituição Federal que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de

⁴⁶ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 44.

⁴⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p 81.

⁴⁸ Art. 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:
f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

⁴⁹ Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

II - cuidar da saúde e assistência públicas;

⁵⁰ SCHWARTZ, op. cit., p. 45.

⁵¹ *Ibidem*, p. 46.

doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

1.3.1.2. Aspectos legais do desenvolvimento da proteção à saúde no Brasil

Salientado o processo histórico constitucional brasileiro acerca do tema, mostra-se também importante o apontamento de alguns outros aspectos legais do desenvolvimento da proteção à saúde no Brasil, dando-se ênfase àqueles que antecederam a promulgação da Lei 8.080/90, instituidora do Sistema Único de Saúde.

Ainda na década de setenta, a Lei nº 6.299/75 criou o Sistema Nacional de Saúde, prevendo ações específicas a serem implementadas pela Previdência Social e pelo Ministério da Saúde. Em 1980, há o surgimento do PREV-SAÚDE com o objetivo de centralizar de forma mais efetiva a administração da saúde no Brasil na esfera federal⁵². Diante da ocorrência de dificuldades de ordem social quanto a sua aplicação, houve, um ano depois, a criação do Conselho Consultivo de Administração de Saúde Previdenciária (CONASP) através do Decreto nº 86.329, possibilitando a criação das Ações Integradas à Saúde (AIS – 1983). Por esse plano, efetivaram-se diversos convênios entre a maioria das Secretarias Estaduais de Saúde e o Ministério da Saúde, Previdência e Assistência Social e Educação e Cultura, contando com uma progressiva adesão dos municípios⁵³, o que já revela uma relativa descentralização do controle da saúde no Brasil.

A rediscussão do sistema brasileiro de saúde e o aprofundamento do processo de descentralização dão-se com a vigência do Decreto nº 94.657/87, regulador do Sistema Único Descentralizado de Saúde (SUDS) e fruto da VIII Conferência Nacional de Saúde de 1986, a qual declara:

3 – Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus

⁵² LOVATO, Luiz Gustavo. *A Proteção à Saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos*. In: ASSIS, Araken de (org.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez: 2007, p. 116.

⁵³ JOVCHELOVICTH, Marlova. *O processo de Municipalização no Brasil: avanços e recuos*. Porto Alegre: M.J. Dissertação (mestrado), 1991, p. 52.

níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento do ser humano em sua individualidade⁵⁴.

Vê-se que a Constituição de 1988 não se distancia desse enfoque (vide o *caput* do artigo 196), sendo seguida, posteriormente, pelo advento da Lei nº 8.080/90, diploma legal que confere bastante força ao direito social à saúde⁵⁵. Essa lei, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), institui o Sistema Único de Saúde (SUS)⁵⁶ e dispõe sobre as condições para a promoção, e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, regulando, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado. O referido dispositivo legal não apenas declara expressamente ser a saúde um direito fundamental do ser humano⁵⁷ e, por conseguinte, detentora das características atreladas a essa classe de direitos, como também reforça o artigo 196 da Constituição Federal ao dispor que:

Art. 2º (...)

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Além disso, é através do advento dessa lei que, conforme aduz Luiz Gustavo Lovato, “*inicia-se, efetivamente, a descentralização da saúde pelo Poder Público em âmbito nacional*”⁵⁸, descentralização essa que passa a contar diretamente com a participação popular a partir da Lei nº 8.142/90, a qual regula a participação da comunidade na gestão do SUS.

Mas, afinal, o que se entende por saúde?

⁵⁴ Brasil, Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde, p. 382.

⁵⁵ LOVATO, Luiz Gustavo. *A Proteção à Saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos*. In: ASSIS, Araken de (org.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez: 2007, p. 117.

⁵⁶ Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

⁵⁷ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 118.

1.3.1.3. Conceito jurídico da saúde

Há tempo que não mais se vincula a saúde apenas à inexistência de doenças no organismo humano. Tal visão sustentou-se por longo tempo no decorrer da Idade Moderna, sendo fruto dos interesses e da ideologia presentes na sociedade industrial do Estado Liberal, que enxergava a manifestação de uma doença como um empecilho à produção e ao processo de acumulação capitalista. Nas palavras de Schwartz, “*com a industrialização da sociedade, a força de trabalho deveria ser a máxima possível, e a doença passou a ser considerada um transtorno ao funcionamento das indústrias. A saúde, basicamente, tinha uma concepção liberal: a de repor o indivíduo ao trabalho*”⁵⁹. A abrangência do conteúdo da saúde, desenvolvido nos padrões do individualismo liberal do século XIX, esteve, pois, limitada a um objetivo “curativo”. Tal idéia orientava que a atuação médica e/ou do sistema de saúde fosse realizada tão-somente após a instalação da doença no corpo humano. Trata-se do aspecto negativo da saúde⁶⁰.

Esse conteúdo da saúde, contudo, acabou revelando-se insuficiente para a satisfação das necessidades da pessoa humana e de construção de uma sociedade com reduzida desigualdade social⁶¹, uma vez que não mais se passou a enxergar a concepção de saúde de forma estanque, desprezando os demais elementos que integram o conjunto societário. Com efeito, a partir do surgimento do *Welfare State*, ganha força a tese “preventiva” da saúde, que começa a considerá-la também através do contexto do ambiente em que inseridas as pessoas. Ao mesmo tempo em que se mantém o objeto da saúde como uma busca individual, o seu conteúdo alarga-se, sendo incorporado pelos direitos sociais. A saúde ganha, assim, uma feição coletiva⁶², o que acaba gerando uma nova atribuição para o Estado, que é a de promoção de serviços básicos de atividade sanitária.

⁵⁹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

⁶⁰ Ibidem, p. 33.

⁶¹ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 120.

⁶² SCHWARTZ, op. cit., p. 35.

Quanto ao ponto, oportuno transcrever os apontamentos feitos por Marlon Alberto Weichert⁶³:

Os ordenamentos jurídicos constitucionais da atualidade, ao consagrarem a existência de um direito social à saúde, acolheram essa dupla perspectiva. Dessa forma, assim como ocorre com os direitos fundamentais em geral, que podem ser observados sob várias dimensões complementares, também o direito à saúde compreende a perspectiva individual de busca de ausência de moléstias e a coletiva de promoção da saúde em comunidade.

Conforme já salientado, é essa a perspectiva consagrada pela Organização Mundial de Saúde em 1946, servindo como marco teórico-referencial para a posterior adoção pelos Estados.

Nessa linha, seguiu o constituinte brasileiro consagrando no artigo 3º da Lei 8.080/90 que:

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Pelo dispositivo legal acima transcrito, observa-se perfeitamente a adoção pelo legislador pátrio de um conceito amplo de saúde, reconhecendo-se não só a perspectiva de pretensão a um corpo e uma mente livre de doenças, como o reconhecimento da importância de outros fatores relacionados à vida social das pessoas, fazendo alusão nesse aspecto, inclusive, ao direito a um meio ambiente equilibrado. Quanto ao ponto, cumpre mais uma vez, trazer as explicações de Marlon Alberto Weichert:

Apesar de aparentemente conter uma declaração de valor semântico, esse dispositivo, ao densificar o preceito constitucional, vincula a atividade legisferante e administrativa da União, dos

⁶³ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 122.

Estados, do Distrito Federal e Municípios, que não poderão desenvolver políticas sociais e econômicas que venha de encontro a esses interesses e, em consequência, prejudiquem o direito à saúde. O direito a saúde, engloba, assim, a exigibilidade de políticas econômicas e sociais que (a) não impliquem em retrocesso na sua promoção, proteção e recuperação e (b) acelerem a consecução desses fins⁶⁴.

⁶⁴ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p 125.

2. ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

2.1. O direito à saúde sob o prisma defensivo

Na esteira dos apontamentos já realizados quando da análise a respeito dos direitos fundamentais de primeira geração, cuja principal característica, repita-se, reside na não ingerência do Estado sobre a esfera particular de cada indivíduo, cumpre fazer algumas referências acerca da efetividade do direito à saúde considerando-o sob esse viés. Ainda que o Direito à Saúde esteja inserido dentro do âmbito dos chamados direitos de segunda geração (sociais), ele também apresenta um aspecto negativo, permitindo que a ele também se aplique a proteção conferida aos direitos de defesa. Consoante refere Sarlete:

No âmbito da assim denominada dimensão negativa, o direito à saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou a sociedade) deve fornecer aos cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como o acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos, etc. Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa), basicamente isto significa que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde⁶⁵.

Através do enfoque destacado, observa-se claramente o dever do Estado, e também dos particulares, em abster-se da prática de qualquer conduta que possa ir de encontro à plena efetivação do direito à saúde.

Ademais, também dentro da dimensão negativa do direito à saúde, importante mencionar a aplicação do princípio da proibição de retrocesso.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº 11, setembro/outubro/novembro de 2007, p. 10. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=Ingo%20Wolfgang%20Sarlet. Acesso em 17 de agosto de 2010.

A principal característica desse princípio reside na impossibilidade de que o legislador infraconstitucional venha a desconstituir o grau de concretização advindo da proteção dada, pelo próprio legislador, à determinada norma constitucional. Procura-se fazer com que os progressos já conquistados e consolidados não sofram retrocesso a um patamar anterior, visando, assim, a proteger-se o núcleo essencial de uma norma de direito fundamental social específica.

Nas palavras de Joaquim José Gomes Canotilho:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado⁶⁶.

Para Sarlet o princípio da proibição do retrocesso não vincula, por completo, o campo da discricionariedade conferido ao legislador, contudo o autor refere que tal princípio é capaz de impedir a promulgação de leis infraconstitucionais que venham a macular o grau de concretização de normas constitucionais. O autor cita, como exemplo, a Lei nº 9.908/93 do Estado do Rio Grande do Sul - a qual prevê a obrigatoriedade do ente estatal em fornecer medicamentos especiais a pessoas sem condições financeiras para adquiri-los – que, caso fosse revogada, mesmo que em parte, ensejaria a possibilidade de impugnação de tal procedimento, sob a alegação de inconstitucionalidade⁶⁷.

Pois bem, salientada a questão de que o direito à saúde não pode sofrer ingerências indevidas por parte do Estado, bem como pela ação de terceiros, cumpre registrar que, quanto ao ponto, não se verificam maiores discussões. Os próprios direitos de defesa reclamam um comportamento omissivo do Estado, não

⁶⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 321.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº 11, setembro/outubro/novembro de 2007, p. 11. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=Ingo%20Wolfgang%20Sarlet. Acesso em 17 de agosto de 2010.

se verificando para sua efetivação, em regra⁶⁸, uma dependência com relação a prestações fáticas ou normativas originadas do ente estatal⁶⁹. Nesse sentido, entende-se a razão pela qual as questões mais tormentosas que envolvem a efetivação do direito à saúde não estão ligadas à questão do Estado em não atuar de forma a obstaculizar o seu pleno desenvolvimento, mas sim de o mesmo proporcionar, através de políticas públicas, as condições necessárias para a efetivação desse direito pela população.

Encerrando o ponto, realça-se que a análise do direito à saúde como um direito de defesa e como um direito a prestações materiais, o segundo objeto do próximo tópico, também encontra guarida na classificação proposta por Alexy, uma vez que o doutrinador encara os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos sociais prestacionais⁷⁰:

Los derechos a protección y los derechos de defensa han sido contrapuestos recíprocamente porque los primeros son derechos a acciones positivas y los segundos a acciones negativas. (...) El primero es un derecho frente al Estado a que este omita intervenciones; el segundo, un derecho frente al Estado para que este se encargue de que terceros omitan intervenciones. Puede ponerse en duda la justificación de esta contraposición.(...). También la acción positiva de proteger es una actividad estatal defensiva y no una configuración positiva. Aquí es correcto que en el derecho a protección se trata de defensa.

Assim, também na esteira do pensamento de Alexy, é possível afirmar que o direito à saúde pode ser encarado sobre a faceta aqui apresentada e também como um direito à prestação material, tema que se passa a analisar.

⁶⁸ No que diz respeito aos direitos de defesa, verifica-se na doutrina interessante discussão se a mera abstenção ou omissão por parte do Estado seria suficiente para garantir a plena eficácia desses direitos. Quanto ao ponto, a doutrina analisada posiciona-se no sentido de que apenas a inércia do Estado é insuficiente, uma vez que, em diversas circunstâncias, esses direitos também exigem uma manifestação ativa por parte do Estado. Nesse sentido, José Luiz M. Esteves anota que: *“É grande a quantidade de recursos necessários à manutenção de direitos individuais, como o direito à propriedade, segundo o qual o Estado deve intervir para sua garantia por meio da manutenção de um aparato que tem por objetivo impedir a turbação ou o esbulho de terceiros, o qual se efetiva na organização de diversos serviços, pois a esse direito é destinada grande parte da atividade policial, da justiça civil, e penal, e também de registro, controle e uso da propriedade móvel e imóvel.”* ESTEVES, José Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 50.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 274.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 482.

2.2. O direito à saúde sob o prisma positivo

O direito à saúde encarado sobre sua concepção positiva é, sem dúvida, a dimensão mais problemática que se apresenta para o administrador público quando é esse o assunto em pauta. Trata-se de discutir a saúde dentro da classificação que melhor lhe caracteriza, ou seja, na condição de direito fundamental social, o que, conforme já salientado, vincula os poderes públicos a apresentarem um comportamento não de abstenção, mas sim ativo dentro da sociedade. Com efeito, *“Como direito social e processo sistêmico que é, a saúde depende da ação positiva estatal, de um Estado Intervencionista em sua mínima complexidade - garantidor da vida - ...”*⁷¹

Por certo, tendo em conta a condição do direito à saúde como um direito fundamental, não se pode negar a obrigação dos poderes públicos em, dentro dos limites da realidade, utilizarem-se de todos os meios e recursos para a máxima proteção da saúde. É a própria Constituição Federal que prescreve em seu artigo 5º, parágrafo único, que *“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*. A respeito de tal dispositivo, Andreas J. Krell refere que o mesmo *“serve para salientar o caráter perceptivo e não programático dessas normas, deixando claro que os Direitos Fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. O seu conteúdo não precisa ser necessariamente concretizado por uma lei; eles possuem um conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental cristão, da qual o Brasil faz parte”*⁷².

Além disso, e nesse ponto reside a característica que mais se pretende frisar - o artigo 5º, § 1º impõe aos órgãos estatais a incumbência de maximizar a eficácia dos Direitos Fundamentais sociais, criando as condições adequadas para que seja possível a sua realização.

De acordo com Sarlet⁷³:

⁷¹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 148.

⁷² KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direitos contitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 37-38.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988*. **Revista Eletrônica sobre a Reforma**

A norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma princípio de tal sorte que se constitui uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível. Vale dizer, em outras palavras, que das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais.

A conseqüência é o reconhecimento de que a Constituição impõe, de modo imediato e direto, e em primeiro lugar, a obrigação aos Poderes Legislativo e Executivo de fornecerem a maior prestação possível em face do direito à saúde. Em se tratando de prestações positivas, tal tarefa, dever do Estado, materializa-se através da realização de prestações sanitárias de diferentes espécies. Schwartz, salientando o caráter de processo da saúde, elenca, não taxativamente, as seguintes: *“a proteção do ambiente natural; a higiene das moradias e locais de trabalho; das escolas e logradouros públicos; o saneamento rural e urbano; a vigilância sanitária; o combate às endemias, epidemias e doenças infectocontagiosas; a fiscalização de produtos alimentícios, bebidas, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, cosméticos, saneantes domissanitários, instrumentos e aparelhos utilizados em medicina; a prevenção de doenças e a imunização contra elas; a cura e a recuperação de doentes; a assistência pré-natal e ao parto; tratamento médico-cirúrgico contra qualquer tipo de enfermidade, não importando sua natureza; a profilaxia e o tratamento dentário; o fornecimento de alimentos e de produtos essenciais.”*⁷⁴

Observa-se, contudo, que o termo “saúde”, considerando-se a inexistência de um campo preciso de sindicacão, poderia ser invocado para que se exigisse do poder público uma infinidade de medidas a serem adotadas. Marcos Maselli Gouvêa, valendo-se da doutrina de Alexy, traz interessante situação hipotética que vale a pena transcrevê-la. Refere ele que *“um grupo de cidadãos poderia advogar*

do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº 11, setembro/outubro/novembro de 2007, p. 9. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=Ingo%20Wolfgang%20Sarlet.

Acesso em 17 de agosto de 2010.

⁷⁴ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 74.

que a ação do Estado, na área da saúde, fosse máxima, fornecendo tudo o quanto, ainda que remotamente, pudesse satisfazer tal interesse; outros poderiam enfatizar o cuidado com as práticas preventivas, concordando com o fornecimento, pelo Estado, de vacinas de última geração, de eficácia ainda não comprovada; um terceiro grupo poderia pretender que o Estado desse impulso a uma política calcada na medicina alternativa, ou ao subsídio aos planos privados de saúde.⁷⁵”

A resposta encontrada na doutrina estudada para tais proposições é a de que a ação do Estado, mesmo ampla, em regra, não vai além da obrigação de proporcionar as condições tidas como indispensáveis ao exercício do direito à saúde. Entendimento em sentido contrário poderia resultar, justamente, em circunstâncias como as ora citadas, abrindo-se, em última análise, um leque de infinitas possibilidades\deveres do Estado em nome da concretização do direito à saúde - tão extensos quanto permita alcançar a criatividade humana. Nesse contexto, quase todos os autores – inclusive os mais conservadores – aceitam e defendem a idéia de que o Estado Social deve intervir para garantir a existência física da pessoa, o “mínimo social⁷⁶.”

2.2.1. A noção de mínimo existencial

O mínimo social ou mínimo existencial atrela o Estado à obrigação de manter condições mínimas de existência humana que, por um lado, demandam proteções contra a intervenção do próprio e, de outro, exigem prestações estatais positivas capazes de assegurarem uma vida com dignidade. Contrapõe-se a eventuais objeções lançadas contra a eficácia e efetividade dos direitos sociais⁷⁷. Roberto Leal Costa afirma que:

⁷⁵ GOUVÊA, Marcos Maselli. Doutrina: *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. Disponível na internet: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm>. Acesso em 09 de outubro de 2010.

⁷⁶ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direitos contitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 61.

⁷⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p 190.

... o Mínimo Existencial implica condições mínimas para uma vida humana digna; em possuir cada pessoa as condições mínimas de sustento físico próprio, bem como as condições mínimas para que possa participar da vida social do seu Estado, relacionando-se com as pessoas que estão ao seu redor e que fazem parte da sociedade na qual vive⁷⁸.

Na mesma linha, Paulo Gilberto Cogo Leivas ensina que:

O direito ao mínimo existencial é, então, o direito à satisfação das necessidades básicas, ou seja, o direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e a autonomia humana e, com isso, independem a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício de autonomia⁷⁹.

Na Alemanha, a Corte Constitucional extraiu o direito a um “mínimo de existência” do cotejo entre o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física, princípios esses balizadores do Estado Social. Determinou, assim, que se aumentasse, expressivamente, o valor da “ajuda social”, quantia que o Estado está obrigado a pagar aos cidadãos carentes⁸⁰.

No que diz respeito ao Brasil, importante fazer referência à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, APF nº 45⁸¹, na qual se asseverou que o Estado não pode se furtar de garantir “condições materiais mínimas de existência⁸²” digna que, uma vez violadas, autorizaria a intervenção do Poder Judiciário⁸³.

⁷⁸ LEAL, Costa Rogério. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais*: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 91.

⁷⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sócios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 135.

⁸⁰ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direitos contitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 61.

⁸¹ A ADPF 45 foi impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto do presidente da República ao § 2º, do art. 55, da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 10.707/03). Tal dispositivo considera como ações e serviços públicos de saúde “a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiado com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza”. O autor alegou que o veto presidencial reduz a quantidade de recursos disponíveis para aplicação em ações e serviços públicos de saúde, em confronto com a Emenda Constitucional n. 29, a qual estabelece no art. 198 da Constituição Federal, § 2 que os entes da federação devem vincular determinado percentual, a ser estabelecido em lei complementar, para aplicar em ações e serviços públicos de saúde.

⁸² Nas palavras do Ministro Celso de Mello: “Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos

Trazendo a questão para o âmbito do direito à saúde, a doutrina aponta que as prestações mínimas das quais o Estado não pode se furtar estão diretamente ligadas à idéia de Cuidados Primários da Saúde. Tal conteúdo teve sua primeira importante definição dada pela Organização Mundial da Saúde, em 1978. Mariana Filchtiner Figueiredo, valendo-se das explicações de Scliar, refere que tais cuidados materializam-se em *“cuidados essenciais de saúde, baseados em métodos e tecnologias práticas, cientificamente bem fundamentadas e socialmente aceitáveis, colocadas ao alcance universal de indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação a um custo que a comunidade e o país podem manter”*⁸⁴. Diz, ainda, que as obrigações que constituem esse patamar mínimo concretizam oito elementos principais sobre as ações de efetivação do direito à saúde, quais sejam, *“educação sobre os problemas prevalentes de saúde e sobre os métodos de preveni-los e controlá-los; provisão de adequados suprimentos de alimentos e nutrição adequada; suprimento de água e saneamento básico; cuidados com as crianças e com as mães, incluindo-se o planejamento familiar; imunização contra as principais doenças infecciosas; prevenção e controle de doenças endêmicas; tratamento adequado de doenças e lesões comuns; e fornecimento de medicamentos essenciais”*⁸⁵.

Com efeito, não seria razoável, e nem mesmo viável, com base no direito à saúde, exigir-se do Estado todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana, entretanto a noção de mínimo existencial permite que se vincule a ação do Estado à garantia, ao menos, de um núcleo central desse direito.

A realização de tais prestações depende de proteção específica, garantida através da prática de atos administrativos ancorados em lei prévia, ou ainda, pela

cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.” ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 29/04/2004.

⁸³ Mais adiante, o Ministro afirma que *“se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.”* ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 29/04/2004.

⁸⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 208.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 208.

formulação, execução e manutenção de políticas públicas⁸⁶, capazes de promoverem a interação entre Estado e sociedade e que garantam o fornecimento de serviços essenciais, tais como a disponibilização de remédios, vagas e leitos nos pronto-socorros e hospitais, o equipamento desses estabelecimentos, bem como a contratação de médicos especializados e enfermeiros. Quanto a essa segunda forma, é o próprio artigo 196 da Constituição Federal que prevê o dever do Estado em garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.

2.2.2 Políticas Públicas

No atual Estado Constitucional, conforme já salientado, os poderes públicos estão vinculados à imperiosa função de promover a efetivação dos direitos humanos, dentre os quais se encontram os direitos sociais e, em particular, o direito à saúde. É nesse contexto que a Constituição apresenta-se como a base de atuação do Poder Público, impondo ao Estado que se posicione como executor de suas disposições. Em se tratando de direitos fundamentais, tal ação apresenta-se como forma de concretização, tanto dos direitos de liberdade, como – e, sobretudo - como dos direitos sociais, que, conforme caracteriza Maria Paula Dallari Bucci, podem ser definidos como direitos-meio⁸⁷.

Quanto ao ponto, a autora refere que:

...a fruição dos direitos humanos é uma questão complexa, que vem demandando um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social, criando modos de institucionalização das relações sociais que neutralizem a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana⁸⁸.

⁸⁶ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 184.

⁸⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública no Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 3. Para a autora, a principal função dos direitos sociais é, justamente, assegurar que todas as pessoas tenham condições de gozar plenamente os direitos individuais de primeira geração.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 4.

Essa demanda pela concretização dos direitos fundamentais reflete na necessidade de o Estado incrementar sua intervenção no domínio econômico e social para garantir a prestação de tais direitos. Um dos mecanismos através do qual o Estado cumpre essa tarefa compreende a criação de políticas públicas pelo Poder Legislativo ou pela própria Administração, políticas essas que são regidas pelos princípios e regras dispostos na Constituição⁸⁹.

Nesse sentido, políticas públicas podem ser definidas *“como a prestação de serviços que visam a garantir a realização dos objetivos fundamentais do Estado, privilegiando a dignidade da pessoa humana, que incluem a proteção de direitos individuais, juntamente com condições mínimas de existência”*⁹⁰.

Em tal conceituação, o termo “política” não se refere, por óbvio, à política partidária ou à atividade política em sentido amplo, mas sim contempla a questão dos programas governamentais⁹¹.

Em proposição mais abrangente, Maria Paula Dallari Bucci conceitua política pública como sendo:

... o programa de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados⁹².

A questão das políticas públicas está diretamente relacionada com a atividade estatal de promoção do desenvolvimento de setores cruciais, tais como o econômico, o social, o cultural, etc. Essa ação deve estar voltada para a consecução das diretrizes estabelecidas na Constituição, dando-se primazia à efetivação dos direitos fundamentais, conforme já destacado. Podem, além disso, também ser

⁸⁹ CASTRO, Adriana Vieira de. *O Controle Judicial das Políticas Públicas como garantia de Efetividade dos Direitos Fundamentais*. p. 1. Disponível na internet: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2964>. Acessado em 21 de outubro de 2010.

⁹⁰ Ibidem, p. 1.

⁹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública no Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 11.

⁹² Ibidem, p. 39.

realizadas de forma não exclusiva pelo Estado, quando forem implementadas em conjunto e parceria com a sociedade civil organizada, frisando-se que, em tal hipótese, sua participação dar-se-á de forma complementar e subordinada ao Estado⁹³.

No tocante ao direito à saúde, convém lembrar que o artigo 196 da Constituição Federal prevê o dever do Estado de garanti-lo justamente através de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. A respeito do referido dispositivo legal, importante trazer-se a manifestação do Ministro Celso de Mello:

Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.⁹⁴

As políticas públicas são, de fato, importante instrumento através do qual é possível a realização das disposições constitucionais atinentes ao direito à saúde.

Ocorre, todavia, que analisando a realidade social brasileira e, trazendo a questão para o mundo jurídico, observando a multiplicação exponencial das demandas em que se pleiteia fornecimento de medicamentos ou internação hospitalar, verifica-se que a prestação desse serviço público básico não tem sido feita de maneira satisfatória pela administração. Diversos fatores podem ser apontados para explicar tal quadro. Schwartz diz que parte da parcela de culpa pela inefetividade do artigo 196 da Constituição Federal reside na falta de vontade política, no desrespeito à Constituição por parte dos Poderes Públicos, bem como na ausência de compreensão do porquê de existirem Poderes Constituídos imbuídos da defesa do interesse público⁹⁵. Andreas J. Krell aponta como causa a deficiência na formulação, implementação e manutenção do tema tratado neste tópico, asseverando que a questão gravita em torno, justamente, das políticas públicas,

⁹³ AITH, Fernando. *Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva: 2006, pp. 233/234.

⁹⁴ RE 271.286/RS, Rel. Ministro Celso de Mello. Julgamento: 12/09/2000.

⁹⁵ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.159.

bem como na inadequada composição dos orçamentos da União, dos estados e dos municípios⁹⁶.

Sem querer aprofundar a questão relativa aos motivos responsáveis pelo fato de o poder público não estar cumprindo satisfatoriamente sua função de promoção dos direitos sociais, insta consignar que, historicamente, doutrina e jurisprudência sempre defenderam que o controle judicial sobre os atos administrativos restringir-se-ia aos limites impostos pela legalidade⁹⁷. Na medida em que o Estado tem se mostrado falho no campo da efetivação dos direitos de segunda geração, tal concepção tem sido alargada nos últimos anos, ganhando força o entendimento de que o controle judicial pode incidir, além do campo do procedimento formal, também sobre o conteúdo da decisão tomada pelo agente público⁹⁸. Trata-se, contudo, de tema polêmico e que não se encontra pacificado na doutrina, existindo diferentes correntes acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no campo das Políticas Públicas.

2.2.2.1 Intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas

De acordo com a classificação proposta por Rafael Barreto Garcia⁹⁹, há três diferentes correntes que tratam a questão da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. São elas: 1) corrente da extrema impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário; 2) corrente da possibilidade de intervenção nas políticas públicas quando envolvam prestações positivas do Estado em casos extremos; 3) corrente da inequívoca possibilidade de intervenção do Poder Judiciário. Far-se-á uma breve análise sobre cada uma.

⁹⁶ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direitos contitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p 32.

⁹⁷ GARCIA, Rafael Barreto. *O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística*. **Interesse Público**, ano 10, n. 51, set/out. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 75.

⁹⁸ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005 fl. 135.

⁹⁹ GARCIA, op. cit, p. 78.

2.2.2.1.1 Corrente da extrema impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário

Tal concepção tem por base a clássica aceção montesquiana de separação dos poderes e harmonia que esses devem guardar entre si, sustentando que ao Judiciário é defeso a apreciação de atos praticados pela gestão pública, a não ser unicamente nas hipóteses relacionadas com o controle de legalidade dos atos administrativos¹⁰⁰.

Conquanto o Poder Judiciário tenha por função típica a jurisdicional, também admite-se que ele exerça funções atípicas, tanto de natureza executivo-administrativa¹⁰¹, como de natureza legislativa^{102 103}. Com relação ao exercício dessas funções atípicas, não há qualquer controvérsia, uma vez que são consideradas compatíveis – e até mesmo indispensáveis – à atividade fim do judiciário, que é a jurisdicional. O que a doutrina aqui analisada não aceita, contudo, é a possibilidade de o Judiciário intervir em matérias cuja competência esteja ligada ao campo de conveniência ou oportunidade do Executivo e do Legislativo, os quais são pautados por critérios políticos, sendo, portanto, inviável a substituição do legislador/administrador pela figura do juiz¹⁰⁴.

De fato, diversos são os argumentos utilizados pelos defensores de tal corrente. Alega-se, por exemplo, que essa atuação dos juízes geraria um “insanável déficit democrático¹⁰⁵”, na medida em que o administrador público e o legislador

¹⁰⁰ GARCIA, Rafael Barreto. *O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística*. **Interesse Público**, ano 10, n. 51, set/out. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 81.

¹⁰¹ Art. 96. Compete privativamente:
I - aos tribunais:
b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
(...)
f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

¹⁰² Art. 96. Compete privativamente:
I - aos tribunais:
a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

¹⁰³ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, página 486.

¹⁰⁴ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 151.

¹⁰⁵ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 51.

estão na condição de eleitos pelo sufrágio universal e têm, dentre seus deveres, a função de estabelecer uma pauta de prioridades para implementação e execução de políticas sociais consoante critérios políticos¹⁰⁶. Reconhecer que magistrados – não eleitos pelo povo – pudessem substituir a discricionariedade do administrador ensejaria uma clara quebra de igualdade entre os poderes da República, fazendo que o Judiciário se transformasse em um “*super poder*”. Nessa condição, asseveram os defensores de tal corrente que o Judiciário estaria sempre na condição de controlador dos demais poderes, mas nunca na de controlado¹⁰⁷, ou, ainda pior, que essa invasão do Judiciário abriria a possibilidade de haver intervenção direta na atividade jurisdicional, tanto através da atividade legislativa do Congresso Nacional, como pela intervenção política do Executivo na escolha dos membros dos Tribunais Superiores¹⁰⁸.

Também sustenta-se que o Poder Judiciário não detém condições ou elementos técnicos para uma investigação mais aprofundada sobre determinado assunto, considerando a realidade da ação estatal como um todo. Sendo a atuação do juiz limitada à solução de determinado caso concreto, inexistente a ponderação de outros elementos atinentes a um planejamento de ordem global, o que revela a necessidade de o juiz valer-se das informações prestadas pela própria administração pública¹⁰⁹. Além disso, argumenta-se que os indivíduos que ajuízam uma determinada ação pleiteando algum bem ou serviço em matéria de direitos fundamentais, via de regra, não representam a classe menos favorecida da sociedade. Pelo contrário, de modo geral, os defensores de tal posição falam que tais indivíduos costumam ter uma boa capacidade de informação e de organização e que, na medida em que suas ações forem sendo julgadas procedentes, haverá um progressivo desvio de recursos das políticas públicas gerais para o cumprimento dessas ações individuais¹¹⁰.

Cumprido destacar, por fim, o argumento de que consequência natural da adoção da tese de intervenção do Judiciário seria o desprestígio e o desgaste que

¹⁰⁶ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 151.

¹⁰⁷ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 52-53.

¹⁰⁸ APPIO, op. cit., p. 152.

¹⁰⁹ GARCIA, Rafael Barreto. *O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística*. **Interesse Público**, ano 10, n. 51, set/out. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 82.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 82.

esse poder, uma vez também elevado à condição de poder político, teria que suportar, em virtude das críticas pela adoção de medidas equivocadas¹¹¹.

2.2.2.1.2 Corrente da possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas quando envolvam prestações positivas do Estado em casos extremos

Conforme já exposto neste trabalho, ao Poder Executivo e Legislativo incumbe a tarefa de criação de políticas e programas adequados, capazes de efetivarem as normas legislativas no campo dos direitos sociais. Também consoante já referido, a realidade tem revelado um baixo nível na qualidade das prestações positivas a que o Estado está obrigado, ou, até mesmo, a inexistência das mesmas em determinados campos. De fato, muitas vezes, tem-se a implementação pelo Legislativo de determinado programa social positivo, com o objetivo de beneficiar determinado segmento da sociedade, ficando a incumbência da execução do programa nas mãos do Executivo. Quando se verifica o não cumprimento da lei ordinária pela administração pública, há a prática de um ato ilegal¹¹², sob a forma de omissão, a qual pode dar-se, tanto de maneira qualificada, como de modo parcial.

Nesse sentido, Américo Bedê Freire Júnior fala que:

Quando um direito fundamental não está expresso em uma norma constitucional, o seu descumprimento gera apenas uma omissão simples; todavia, quando existe a norma constitucional, mesmo que na linguagem tradicional seja meramente programática e não receptiva, a sua não efetivação passa a configurar uma omissão qualificada que implica possibilidade de existir controle dessa omissão¹¹³.

Por seu turno, a omissão parcial é verificada quando há a existência de determinada política pública, a qual, entretanto, não é suficiente para atender a

¹¹¹ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 171.

¹¹² Ibidem, p. 153.

¹¹³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 81.

demanda exigida pela população ou, ainda, quando o critério adotado pela política pública exclui determinado grupo de cidadãos do seu alcance¹¹⁴.

Segundo tal corrente, a revisão judicial deverá ser efetuada sempre que a materialização de determinado direito fundamental encontre restrição nas regras atinentes ao orçamento público. Eduardo Appio destaca que a revisão judicial deve estar assentada em alguns pressupostos, senão vejamos:

- 1) a política social já se encontra abstratamente prevista na lei ou na Constituição e corresponde à outorga de direitos coletivos;
- 2) o Poder Executivo ainda não implementou a política social prevista na Constituição;
- 3) o Poder Executivo, ao implementar a política social, rompeu com o princípio da isonomia (atendimento parcial de um dever constitucional).¹¹⁵

Observa-se que a implementação de políticas sociais está diretamente ligada à dotação orçamentária. Para os defensores de tal corrente, nas circunstâncias acima elencadas, a falha na prestação de determinado direito fundamental estará acompanhada de um choque contra a regra do orçamento público, todavia a prestação do direito fundamental há que prevalecer. Verifica-se tal situação quando há previsão da política pública no plano anual, com respectiva dotação orçamentária, porém a mesma não é realizada sob a alegação de dificuldades técnicas ou de falta de recursos financeiros. Em tal quadro, ainda que não seja obrigatória a realização da despesa prevista no orçamento anual, o juiz, comprovada a necessidade fática, pode determinar sua realização, vez que os valores encontram-se à disposição do ente estatal¹¹⁶.

Valendo-se mais uma vez das palavras de Freire Júnior:

Cabe lembrar que a prévia previsão da despesa no orçamento não é um fim em si mesmo e que as normas constitucionais devem ser interpretadas em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais¹¹⁷.

¹¹⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 81.

¹¹⁵ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p.

168

¹¹⁶ Ibidem, p. 84.

¹¹⁷ FREIRE, op. cit., p. 78.

Ainda, de acordo com o autor, a prevalência do direito fundamental sobre o orçamento público também autoriza que o juiz determine a inclusão de verbas no plano plurianual ou a realização de uma despesa sem previsão na lei orçamentária anual¹¹⁸, sendo possível utilizar as despesas de natureza emergencial, de que trata a Lei de Responsabilidade Fiscal.

O Estado, em sua defesa, adota o discurso da “reserva do possível” – ponto que será abordado em tópico específico -, salientando a impossibilidade fática de prover os direitos sociais ante a escassez de recursos. Contra tal argumento, sustenta-se que, embora a questão da reserva do possível não possa ser desprezada, ela não pode impedir a fixação da responsabilidade estatal. O Estado tem como obrigação, primeiro, garantir os elementos fundamentais para a promoção do bem-estar do homem (mínimo existencial), para, só após, definir outros projetos cujos investimentos considere necessários. De acordo com Freire Júnior, “*antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam ser esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder*”¹¹⁹. Nessa senda, e conforme já destacado neste trabalho, o mínimo existencial deve ser assegurado aos cidadãos, devendo o Judiciário intervir quando o núcleo de algum direito fundamental social estiver correndo risco.

Além disso, argumenta-se que, em havendo um programa social implementado pelo governo, a partir das disposições genéricas dispostas na Constituição, ou existindo um programa social previsto em lei ordinária aprovada pelo Congresso, a sua não implementação total pelo poder público atentaria contra o princípio constitucional da isonomia, autorizando, também por esse argumento, a intervenção do Poder Judiciário de modo a garantir a proteção do princípio¹²⁰. Com efeito, não cabe ao Executivo determinar os destinatários das políticas públicas, razão pela qual elas devem ter abrangência global¹²¹. Quanto à questão, convém transcrever os ensinamentos de Eduardo Appio:

(...) o princípio da isonomia impõe um tratamento idêntico por parte do Estado, em favor de todos os cidadãos que se encontrem em uma

¹¹⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 76-78.

¹¹⁹ Ibidem, p. 74.

¹²⁰ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p.

174.

¹²¹ FREIRE, op. cit., p. 83.

mesma situação de necessidade, não se podendo limitar a assistência social aos valores previstos na lei orçamentária anual, sob pena de tratamento desigual¹²².

Logo, da atuação parcial do Estado nasce para o indivíduo um novo direito fundamental a ser amparado. Além do fundamento originário, eventual pretensão também pode ser fundamentada com base no princípio constitucional da igualdade de prestações¹²³.

Assevera-se, contudo, que o papel principal do Judiciário é o de fiscalizador da atividade administrativa, e não de seu substituto. Como regra, devem o Executivo e o Legislativo proporcionar a efetivação da Constituição, devendo a atuação do Judiciário ganhar margem na medida em que tal tarefa não for adequadamente cumprida. Nesse sentido, Appio destaca que *“no Estado Democrático de Direito, a questão da escolha de prioridades cabe a um legislador democraticamente eleito e, em nosso sistema presidencialista, a um governo democraticamente eleito, que, como sabemos, trata-se do Executivo e sua base apoio parlamentar. E somente em casos de desvios erráticos ou de uma passividade arbitrária ante casos evidentes de situações precárias cabe uma correção, constitucionalmente fundada nos atos de governo”*¹²⁴.

Tal corrente tem seu marco jurisprudencial na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, já referida nos termos deste trabalho.

2.2.2.1.3 A Corrente da inequívoca possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas sempre que houver violação de direito fundamental

A terceira corrente que será tratada defende um maior espaço de atuação do Poder Judiciário no tocante à efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Embora já se tenha feito uso de alguns dos seus argumentos no tópico referente à

¹²² APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 174.

¹²³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 83.

¹²⁴ APPIO, op. cit., p. 71.

efetivação do direito à saúde sob um prisma positivo, cumpre fazer mais alguns apontamentos para a bem caracterização desta corrente.

Com fundamento no artigo 5º, § 1º, da CF/88 – “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*” – seus defensores sustentam que, na medida em que os demais poderes não cumprem a tarefa de concretizá-las, o Judiciário pode assumir esse papel, mesmo que isso signifique invasão à seara do mérito administrativo. É exatamente a posição adotada por Andreas J. Krell e por Sarlet.

Segundo Rafael Barreto Garcia¹²⁵, são cinco aspectos que podem ser objeto de controle:

- 1) a fixação de metas e prioridades, por parte do Poder Público, em matéria de direitos fundamentais;
- 2) o resultado final esperado das políticas públicas;
- 3) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais, em termos absolutos ou relativos;
- 4) a constatação do alcance (ou não) das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e
- 5) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.

A principal preocupação de tal corrente é sempre com a máxima preservação dos direitos fundamentais, sobretudo se o seu descumprimento estiver prejudicando o mínimo existencial da pessoa humana. Nesse ponto, o dever de preservação do mínimo existencial está diretamente ligado ao regular funcionamento da democracia. Às pessoas deve ser assegurado um conjunto básico de direitos fundamentais, pois, caso contrário, os direitos de liberdade a ela conferidos serão insuficientes para garantir-lhes plena participação no processo político democrático. É evidente, por exemplo, que pessoas cujo processo de educação\formação tenha sido prejudicado não terão voz ativa no diálogo do espaço público. A consequência, a longo prazo, dessa participação deficitária é a perda de autonomia crítica pelo povo em relação aos seus representantes, circunstância alimentada pela ação integrada da corrupção, ineficiência e clientelismo, as quais

¹²⁵ GARCIA, Rafael Barreto. *O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística*. **Interesse Público**, ano 10, n. 51, set/out. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 79.

prejudicam a capacidade das políticas públicas de atingirem a sua finalidade final, que é justamente a promoção dos direitos fundamentais¹²⁶.

Além disso, também se argumenta nessa linha que o ato da administração que pretenda implementar políticas públicas não se distingue de outros vinculados à administração, uma vez que deve igualmente atender aos princípios da legalidade e legitimidade. O ato administrativo está diretamente referido na lei, estando o ato político, ainda que como espécie daquele, subsumido à Constituição, da qual não pode distanciar-se¹²⁷. No ponto, destaca-se que:

Há muito já foi dito que a eleição não corresponde a um cheque em branco e que, portanto, a atuação parlamentar deve respeito à Constituição, devendo o magistrado ter sensibilidade para permitir que a Constituição seja respeitada pelas forças políticas¹²⁸.

Defende-se que os fundamentos para a formulação das políticas públicas não se encontram sob o livre arbítrio do Governo e da Administração Pública, mas sim estão intimamente ligados às normas constitucionais sobre direitos sociais, e a sua não observação, não somente pode, como deve ser controlada pelos tribunais¹²⁹. Alega-se que o juiz não pode ser um mero cumpridor de posições adotadas pelos demais poderes, as quais tratam com total indiferença os dispositivos plasmados na Constituição. As decisões são tomadas desconsiderando-se os direitos assegurados ao povo, responsável pela elaboração da Constituição, que precisa ser defendida. Nesse contexto, “*o juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e o seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais*”¹³⁰.

Assim, poderá o magistrado determinar o cumprimento de uma prestação positiva apenas tendo como respaldo o “dever genérico” do Estado em determinada área de atuação social¹³¹.

¹²⁶ GARCIA, Rafael Barreto. *O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística*. **Interesse Público**, ano 10, n. 51, set/out. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 80.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 80.

¹²⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 61.

¹²⁹ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direitos contitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 100.

¹³⁰ FREIRE, op. cit., pp. 58 e 86.

¹³¹ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 188.

Contra tal posicionamento, levantam-se vozes em defesa da impossibilidade de intervenção do Judiciário no campo das políticas públicas, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Sem querer adentrar em pormenores a respeito do princípio em comento¹³², respondendo a esse argumento, sustenta-se que, em verdade, não se deve falar em separação de poderes, mas sim em separação de funções. Deve-se contextualizar tal princípio dentro do atual ordenamento jurídico brasileiro, não se podendo interpretá-lo nos mesmos moldes da época no qual foi criado.

Por essa concepção, entende-se que o poder estatal é um só, materializado na Constituição e, ao mesmo tempo, subordinado a ela. A separação de funções deve viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais, epicentro do sistema jurídico atual. Descabe, assim, suscitar o princípio da separação dos poderes como entrave à efetivação dos direitos fundamentais, pois tal argumento mostra-se completamente deturpado, considerando-se a separação de funções como um mecanismo para viabilizar efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista¹³³.

Nesse sentido, cabe transcrever a seguinte passagem que bem expõe a questão sob o ângulo em abordagem:

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal¹³⁴.

Também contra essa teoria levanta-se a questão da reserva do possível, o que, em se tratando de direitos fundamentais prestacionais, ensejaria a inviabilização da efetivação desses direitos pelo Judiciário. Face à relevância do tema, passa-se a uma breve análise das suas principais características no próximo tópico.

¹³² Ele encontra-se positivado no artigo 2º da nossa Constituição. Tal dispositivo constitucional prevê que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹³³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37/38.

¹³⁴ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direitos contitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 88.

2.2.2.2. A questão da reserva do possível

A expressão “reserva do possível” tornou-se corrente quando a discussão diz respeito à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais¹³⁵. Por certo, tendo em conta que os direitos sociais exigem uma prestação positiva por parte do Estado, não há como se desprezar a importância que detém a questão da disponibilidade financeira do Estado. Esse é, sem dúvida, um dos principais argumentos levantados quando se procura limitar a prestação dos direitos sociais.

A origem da teoria da reserva do possível remonta à doutrina alemã de meados da década de 70, tendo sido acolhida pela jurisprudência constitucional daquele país no julgamento do caso *Numerus Clausus I*. Essa expressão denomina a política adotada pela Alemanha na década de sessenta, a qual limitava o ingresso de estudantes em determinados cursos universitários de grandes demandas. Em razão de não terem sido admitidos nas escolas de medicina das Universidades de Hamburgo e Munique, estudantes ajuizaram ação contestando a limitação estatal de vagas, promovida pelo governo alemão. Invocavam o artigo 12 da Lei Fundamental, segundo o qual *“todos os alemães tem direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação. O exercício profissional pode ser regulado por lei ou com fundamento em uma lei.”*¹³⁶

Em sua decisão, o Tribunal Alemão distinguiu o direito a “participar” das instituições educativas e o direito à criação de novas vagas. O segundo estaria condicionado à capacidade financeira do Estado, estando os direitos subjetivos públicos assegurados apenas na medida do possível e do adequado¹³⁷. A Corte recusou a tese de que o Estado estaria obrigado a criar o número de vagas que fosse necessário para atender a todos os candidatos que desejassem ingressar em determinado curso superior, prevalecendo a posição de que os direitos a prestações positivas *“estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de*

¹³⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sócios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 96.

¹³⁶ Ibidem, p. 98.

¹³⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 132.

maneira racional, pode esperar da sociedade". Não se poderia, pois, fazer exigências acima de um certo limite social básico¹³⁸.

Para Sarlet, a reserva do possível apresenta-se como efetiva disponibilidade do objeto dos direitos sociais a prestações materiais, apresentando, pelo menos, três dimensões¹³⁹. São elas:

- Efetiva disponibilidade fática relacionada aos recursos financeiros que o Estado pode dispender para a efetivação dos direitos fundamentais;
- Disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos no sentido de averiguar-se se o destinatário das obrigações impostas pelos direitos fundamentais sociais detém competência suficiente para decidir sobre a alocação dos recursos existentes;
- No que diz respeito à eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível também compreende a questão da proporcionalidade e razoabilidade da prestação.

De acordo com o citado autor, todos os aspectos destacados guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, de modo a funcionarem como uma ferramenta capaz de promover os direitos sociais de cunho prestacional. Nessa esteira, aduz que:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental¹⁴⁰.

No Brasil, invoca-se a escassez de recursos como forma de justificar a ineficiência do Estado em atender às prestações reclamadas, tais como a tormentosa questão da saúde. Alguns autores, com fundamento nessa teoria,

¹³⁸ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direitos contitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 287.

¹⁴⁰ Ibidem, pp. 287-288.

apontam, inclusive, a incompetência dos juízes para disporem sobre políticas sociais cujas execuções exijam o aporte de recursos financeiros. É o caso de Paulo Branco, para quem:

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Os direitos em comento têm a ver com a redistribuição de riquezas – matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade. 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 social¹⁴¹.

Em uma posição mais intermediária, Gustavo Amaral defende que a arguição da reserva do possível deve estar acompanhada de uma comprovação judicial, por parte do Estado, de que existem motivos fáticos razoáveis para não se cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Uma vez demonstradas tais razões, sustenta que não caberia ao Judiciário substituir o Administrador¹⁴².

Por sua vez, Andreas Krell faz forte crítica contra a utilização da teoria em comento no contexto cultural e sócio-econômico brasileiro. Para ele, dadas às situações sociais completamente distintas, a realidade brasileira não comporta a adoção de teorias científicas e posições políticas oriundas de países ricos, tal qual é a Alemanha. Exigir a disponibilidade de “caixas cheias” para a efetivação dos direitos sociais significaria reduzir-lhes sua eficácia a zero, ignorando as verdadeiras necessidades materiais do país¹⁴³.

Nesse ponto, ganha destaque a idéia do mínimo existencial. Segundo Krell, não se pode igualar a densidade normativa de todos os direitos sociais. O autor cita o exemplo do direito ao trabalho, o qual, em face de suas especificidades, não pode

¹⁴¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e Outros. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1º ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp.146-147.

¹⁴² AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2º Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116.

¹⁴³ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direitos contitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 54-55.

ser colocado em um patamar de exigência equivalente ao direito à saúde. Logo, não se mostra razoável alegar a escassez de recursos por parte do Poder Público como forma de justificar a não observância do direito à saúde. Ao contrário do direito ao trabalho, a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes por parte dos entes administrativos deve ser compelida e corrigida pelos tribunais¹⁴⁴.

Também nessa linha, oportuno trazer, mais uma vez, os ensinamentos de Freire Júnior:

A reserva do possível não pode ser, então, subjetiva de que não concorda com a decisão e não pretende cumpri-la, utilizando retórica e argumentos construídos para uma realidade completamente diferente da brasileira.” (...) É, pois, “um argumento que deve ser analisado e sopesado na hora da decisão judicial. Não para impedir a responsabilidade estatal, mas para que seja construída uma forma de viabilização de uma Constituição compromissada com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais.¹⁴⁵

¹⁴⁴ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direitos contitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 56.

¹⁴⁵ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 76-79.

3. O olhar do Supremo Tribunal Federal sobre a efetivação do direito social à saúde

3.1 Considerações iniciais

Conforme restou enfatizado ao longo da segunda parte do Capítulo 2 deste trabalho, uma das formas de atuação do Poder Judiciário no que diz com a efetivação do direito fundamental social à saúde é através do controle sobre as políticas públicas. Verifica-se que, como consequência à admissão de tal possibilidade, a atuação jurisdicional acaba gerando reflexos no planejamento administrativo global do Poder Público, permitindo que se combata o problema por um enfoque coletivo e abrangente. Quanto ao ponto, não é demais lembrar que ao Judiciário, desde que provocado, incumbe a função de corrigir eventuais desigualdades ocorridas no campo sanitário. Sua atuação ocorre de maneira secundária – e não suplementar – em relação aos deveres dos demais Poderes, agindo depois de constatada a omissão ou comissão insuficiente da prestação positiva estatal¹⁴⁶.

Ocorre que a atuação jurisdicional também é manifestada de outra forma, qual seja, pela concessão de medicamentos e/ou tratamentos médicos a partir do ajuizamento de ações individuais. Trata-se de assunto de inegável importância, haja vista o crescente número de ações judiciais a respeito do tema, as quais tramitam, tanto em nível ordinário, como também extraordinário de jurisdição. Várias são as decisões judiciais relacionadas ao campo do direito à saúde, destacando-se a importância das que determinam o fornecimento de medicamentos para o tratamento de graves doenças, como a AIDS e o câncer. Outras obrigam os entes públicos a financiarem das mais variadas formas, ações e serviços de saúde preventiva e curativa aos demandantes, havendo também as que, na contramão do estudo dos direitos fundamentais, negam qualquer eficácia às disposições emanadas do artigo 196 da Constituição Federal.

¹⁴⁶ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 162.

Nesse contexto, mostra-se fundamental a compreensão do posicionamento e das decisões que vem sendo tomadas pela jurisdição constitucional brasileira quanto à efetivação desse direito. Não é demais registrar que:

A Constituição de 1988 deu ao Supremo Tribunal Federal competências originárias e recursais com atribuições judicantes que têm, quase todas, conteúdo de litígio constitucional. Conferiu-lhe principalmente a guarda da Constituição e atuação como última instância do Poder Judiciário no controle difuso de constitucionalidade, o que o coloca numa situação próxima à de uma Corte Constitucional. É seu principal desafio dar resposta à acentuada judicialização dos conflitos sociais, uma vez que é o órgão principal de todo o sistema judiciário.¹⁴⁷

Em face dessa importância, o presente capítulo tem como objetivo salientar o tema deste trabalho a partir de algumas importantes decisões proferidas pelo Excelso Pretório, nas quais o direito fundamental social à saúde aparece como objeto central do debate processual e da matéria julgada.

3.2. Construção jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal

Primeiramente, cumpre ressaltar a controvérsia que se observa com relação à efetividade da norma constitucional esculpida no artigo 196 da Constituição Federal. No acórdão relatado pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE 247.900/RS¹⁴⁸, decidiu-se sobre a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre em fornecerem medicamentos emergenciais a portadores de HIV/AIDS. Nessa decisão, asseverou-se a existência de lei no sentido de obrigatoriedade de serem fornecidos medicamentos excepcionais a pessoas carentes portadoras da referida enfermidade. Mas, mais importante do que isso, manifestou-se o entendimento de que o artigo que prevê o direito à saúde detém eficácia imediata, devendo-se, inclusive, entender o “dever do Estado” como obrigação solidária dos entes federados dos três níveis.

¹⁴⁷ ESTEVES, José Luiz M. Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2007, p. 92.

¹⁴⁸ Julgamento m 20/09/1999.

Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são, conforme ensina Pedro Lenza, *“aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional.”*¹⁴⁹

Por sua vez, os acórdãos do Ministro Celso de Mello adotam posição diversa quanto ao ponto. Em caso análogo ao referido no parágrafo anterior, em que o Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre buscavam, através de recursos extraordinários, reformar decisão que, com base no artigo 196 da Constituição Federal, determinara a obrigação de fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento de HIV/AIDS para portadores destituídos de recursos financeiros, o entendimento foi de que o referido dispositivo constitucional apresenta caráter programático¹⁵⁰.

Convém transcrever trecho da referida decisão:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Com efeito, para José Afonso da Silva, as normas programáticas são aquelas *“através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”*¹⁵¹.

Para Schwartz encarar a saúde como norma programática significaria admiti-la como norma de eficácia limitada, o que lhe retiraria força suficiente para desenvolver-se integralmente sem a edição de lei complementar específica. Além

¹⁴⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007, p. 136.

¹⁵⁰ RE 273.834/RS, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/08/2008.

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 138-139.

disso, não se poderia falar em direito público subjetivo oponível contra o Estado, porquanto inexisteria vínculo de obrigações entre o cidadão-credor e o Estado-devedor. O cidadão lesado, então, estaria desautorizado a buscar a tutela da saúde via judicial, assim como ao Poder Judiciário seria defeso exigir do Executivo ação positivas e negativas no tocante à saúde.¹⁵²

Quanto ao ponto, oportuno trazer a crítica formulada por Marcos Maselli Gouvêa¹⁵³:

Ora, se a norma possui eficácia jurídico-positiva, não há porquê o eminente Ministro considerá-la de cunho programático. Defender efeitos positivos para normas programáticas significa esvaziar por completo este conceito. Se o Supremo Tribunal Federal entende que a norma em questão dá ensejo ao surgimento de pretensões a prestações positivas, deve, para bem da sistemática constitucional, admitir que o artigo 196 não é norma meramente programática. Como é cediço e restou assentado no Recurso Especial nº 57.614-8/RS, (...) normas meramente programáticas protegem um interesse geral, mas não conferem aos respectivos beneficiários o poder de exigir a sua satisfação antes que o legislador cumpra o dever de complementá-las com a legislação integrativa. Rel. Min. Demócrito Reinaldo; 1º T., maioria; julg. Em 27/05/96.

A referência ao artigo 196 da Constituição Federal como norma programática não tem acarretado qualquer restrição à efetividade do direito à saúde através da atuação dos juízes em ações individuais e coletivas. Há, de fato, autores que defendem a possibilidade de normas programáticas conferirem direitos subjetivos para os particulares. Nessa defesa, oportuno trazer as ponderações de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, para quem *“tais normas, além de traduzirem um efeito inibitório para o Legislativo, Executivo e Judiciário, conferem aos seus destinatários o direito de exigir o cumprimento da prestação nela prevista, de modo que não altere o seu significado original, gerando, portanto, efeitos jurídicos, situações subjetivas”*¹⁵⁴.

¹⁵² SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 59-60.

¹⁵³ GOUVÊA, Marcos Maselli. Doutrina: *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. p. 6. Disponível na internet: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm>. Acesso em 09 de outubro de 2010.

¹⁵⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 122.

A despeito do alcance da sindicabilidade do direito à saúde¹⁵⁵, o fato é que o Supremo Tribunal Federal tem considerado a norma do artigo 196 da Constituição como norma programática ao mesmo tempo em que tem reconhecido a saúde como direito público subjetivo. No que se refere ao primeiro aspecto, o entendimento adotado parece encontrar guarida na seguinte passagem extraída do livro de Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

Todos os sujeitos públicos ou privados, vinculados pela Constituição, devem respeitar, observar, realizar a totalidade de seus preceitos, sem a possibilidade de distinguir entre os artigos de aplicação direta e aqueles meramente programáticos. Nem todos os artigos da Constituição têm o mesmo alcance e significado, porém todos enunciam normas jurídicas imperativas, pois a Constituição transforma, converte os anseios, as aspirações em regras impositivas, em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos¹⁵⁶.

No tocante ao reconhecimento da saúde como direito público subjetivo, importante colacionar a ementa do recurso extraordinário 271.286/RS¹⁵⁷, proposto pelo Município de Porto Alegre. Nele, o Supremo Tribunal Federal manteve o acórdão emanado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que – com base no artigo 196 da Constituição Federal e no artigo 1º da Lei 9.908/1993¹⁵⁸, por meio da qual se regulamentava o dispositivo constitucional – reconheceu a obrigação do Município recorrente, juntamente com o Estado do Rio Grande do Sul, de fornecerem os medicamentos necessários para o tratamento de HIV/AIDS a pessoas destituídas de recursos financeiros. Dada a sua importância pelo fato de ter servido como paradigma teórico para vários outros julgados posteriores, convém transcrevê-lo na íntegra:

¹⁵⁵ Mariana Filchner Figueiredo, por exemplo, elenca dois pressupostos a serem observados pelo jurista quando da análise sobre o deferimento da tutela em saúde, quais sejam, a necessidade de assegurar-se condições mínimas de existência do indivíduo, bem como a prova pelo demandante de que não possui condições financeiras para a prestação que almeja. FIGUEIREDO, Mariana Filchner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 210.

¹⁵⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 225.

¹⁵⁷ Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/09/2000.

¹⁵⁸ Art. 1º - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196).** Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. **O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.** DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409) **(grifou-se)**

Nessa decisão, restou assentado o entendimento de que a mera alegação de insuficiência orçamentária, ainda que relevante para o deslinde da questão, não tem o condão de, por si só, limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde, garantido na Carta Magna. Por sua vez, a reserva do possível não isenta o poder público de

alcançar a prestação social almejada, mas sim determina que o Judiciário certifique-se acerca da efetiva impossibilidade quanto à prestação. Além disso, também importante a referência de que a saúde está diretamente ligada ao direito à vida, apresentando-se, nesse sentido, como um instrumento a serviço da própria vida. Para Schwartz, inclusive, “*somente esse argumento já seria o bastante para justificar a necessidade da efetivação do direito à saúde.*”¹⁵⁹

Fundamental, outrossim, é o reconhecimento da saúde como direito público subjetivo, o que lhe confere, conforme já referido, a capacidade de sindicabilidade. Com efeito, anota Mariana Filchtiner Figueiredo que “*a jurisprudência brasileira tem asseverado a existência de um direito subjetivo originário a prestações materiais em saúde, notadamente quanto ao fornecimento de medicamentos pelo SUS.*”¹⁶⁰ Também nesse sentido é o pensamento de Regina Ferrari, que o considera “*um verdadeiro direito subjetivo público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição, ainda que limitado ao mínimo necessário para a proteção da vida humana*”¹⁶¹. Assim, tem-se admitido que o indivíduo acometido por determinada enfermidade possa acionar o Estado, exigindo prestações positivas na forma de fornecimento de medicamentos ou tratamento adequado¹⁶².

Seguindo na análise de importantes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal atinentes à questão da saúde, importante salientar o voto da Ministra Ellen Grace no pedido de suspensão de segurança impetrada pelo Estado

¹⁵⁹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 173.

¹⁶⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 210.

¹⁶¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 236.

¹⁶² Nesse sentido, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: RE 556.886/ES (adenocarcinoma de próstata); AI 457.544/RS (artrite reumatóide); AI 583.067/RS (cardiopatia isquêmica grave); RE 393.175-AgR/RS (esquizofrenia paranóide); RE 198.265/RS fenilcetonúria); AI 570.455/RS (glaucoma crônico); AI 635.475/PR (hepatite “c”); AI 634.282/PR (hiperprolactinemia); RE 273.834-AgR/RS (HIV); RE 271.286-AgR/RS (HIV); RE 556.288/ES (insuficiência coronariana); AI 620.393/MG (leucemia mielóide crônica); AI 676.926/RJ (lipoparatiroidismo); AI 468.961/MG (lúpus eritematoso sistêmico); RE 568.073/RN (melanoma com acometimento cerebral); RE 523.725/ES (migatia mitocondrial); AI 547.758/RS (neoplasia maligna cerebral); AI 626.570/RS (neoplasia maligna cerebral); RE 557.548/MG (osteomielite crônica); AI 452.312/RS (paralisia cerebral); AI 645.736/RS (processo expansivo intracraniano); RE 248.304/RS (status marmóreo); AI 647.296/SC (transplante renal); RE 556.164/ES (transplante renal); RE 569.289/ES (transplante renal)

de Goiás contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, o qual determinou que o Estado fornecesse medicamentos para o tratamento da infertilidade feminina da paciente requerente¹⁶³. Observa-se, na referida situação, a problemática discussão quanto ao conteúdo e limite do mínimo existencial, ponto já abordado de modo específico neste trabalho. Nesse caso concreto, verificou-se, de um lado, uma demanda em que, com base no dever do Estado em atender a população através de ações positivas, se pleiteara o fornecimento de medicamentos para o combate à infertilidade da mulher e, na outra via, o Estado de Goiás defendendo, quanto ao ponto, a inexistência de enfermidade capaz de causar risco de vida à impetrante. A decisão, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi exatamente no sentido das razões apresentadas pelo ente estatal, entendendo-se não se tratar de caso no qual estava em jogo o mínimo existencial. Segue trecho da decisão:

(...) No presente caso, analisando a natureza da moléstia que acomete a paciente (infertilidade feminina associada à anovulação - CID: N97.0) e o alto custo dos medicamentos prescritos para seu tratamento, os quais não estão incluídos entre os de dispensação obrigatória pela rede pública, entendo estarem configuradas as lesões à ordem, à saúde e à economia públicas, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Ademais, a ausência do tratamento em questão, até o trânsito em julgado do mandado de segurança, não traz riscos à saúde e à vida da paciente. Nesse sentido, transcrevo parte do parecer da Procuradoria-Geral da República: "23. Na presente hipótese, apesar da extrema relevância dos argumentos expostos no acórdão impugnado, nota-se que o fornecimento imediato da medicação pleiteada pela impetrante, portadora de infertilidade feminina associada à anovulação, compromete a programação estatal, gerando grave impacto nas finanças públicas e injustificado embaraço nas prestações universais de saúde, parecendo recomendável a suspensão dos efeitos da decisão até o trânsito em julgado do mandado de segurança. 24. É que, não obstante a indiscutível inviolabilidade do direito à vida, à saúde e à maternidade, valores sabidamente amparados pelo texto constitucional, parece ausente, na espécie, a indispensável irreversibilidade configuradora do provimento liminar, não ocasionando a espera pelo julgamento definitivo do writ risco de danos graves e irreparáveis à impetrante. Afigura-se, pois, razoável a suspensão provisória do acórdão impugnado. (Fl. 111)

(...)

(SS 3263, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 23/07/2007, publicado em DJ 02/08/2007 PP-00074)

¹⁶³

SS 3263 / GO - Relator(a): Min. PRESIDENTE Ellen Grace, Julgamento: 23/07/2007.

Outro interessante ponto a destacar é com relação à competência de cada ente integrante do Sistema Único de Saúde. Os artigos 16, 17 e 18 da Lei nº 8.080/90 discriminam as competências federal, estadual e municipal, respectivamente. De tais dispositivos legais constata-se o dever estatal de prestar assistência médica aos cidadãos, o que, por óbvio, inclui o fornecimento de medicamentos. Especificamente quanto a essa atribuição, vê-se no âmbito administrativo a existência de “listas de medicamentos”, as quais definem o que a cada ente federado compete disponibilizar.

Administrativamente estabeleceu-se, então, que aos Estados cabe o fornecimento de medicamentos considerados excepcionais ou especiais, ao passo que os classificados como essenciais ficam a cargo dos Municípios. Em que pese a existência dessa divisão de responsabilidades entre os entes da administração pública – que determina a separação de competências para determinados tipos de serviços - é importante ressaltar que se tem entendido, de forma bastante majoritária, a possibilidade de o indivíduo poder postular o medicamento que for de qualquer ente federado, ou, ainda, de pleiteá-lo contra os três entes no pólo passivo, desde que observada a competência processual. De fato, considerando a jurisprudência nacional majoritária sobre a matéria, constata-se que o entendimento extraído do dispositivo constitucional que trata do direito à saúde é o de que a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos é solidária entre a União, os Estados e os Municípios. Não é outra a posição do Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. **O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.**
(RE 195192, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 22/02/2000, DJ 31-03-2000 PP-00060 EMENT VOL-01985-02 PP-00266)

Também nessa linha é o entendimento do Ministro Celso Jobim que no Re-Agr 265.627-1 afastou a alegação de que o Município de Porto Alegre não seria

responsável pelo fornecimento de tratamento de alto custo. O Ministro, amparado no precedente do RE 280.642, assim argumentou:

EMENTA: Saúde. Medicamentos. Fornecimento. Hipossuficiência do paciente. Obrigação do Estado. Regimental não provido.

“(…) **A referência, contida no preceito, a “Estado” mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios.** Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo nº 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (…)” **(grifou-se)**
(RE 255627 AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 21/11/2000, DJ 23-02-2001 PP-00122 EMENT VOL-02020-03 PP-00464)

Insta registrar, contudo, que tal tema ainda será objeto de análise pelo Tribunal no RE 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio, o qual teve reconhecida repercussão geral, de acordo com a seguinte ementa:

SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

Com relação à postulação de medicamentos constantes nas listas governamentais, inexistente qualquer óbice à procedência da ação. Por certo, tendo a administração pública comprometido-se perante a sociedade com a disponibilização de tais bens através da edição de normas administrativas, eventuais demandas pleiteando o fornecimento de determinado fármaco não de ser julgadas procedentes. A questão da obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos torna-se um pouco mais problemática quando os pleitos envolvem remédios que não constem das listas do Sistema Único de Saúde, não aprovados pelas autoridades nacionais, ou, ainda, quando se trata de substâncias em fase experimental de uso¹⁶⁴. Com efeito, tais casos acabam tornando-se um problema para a efetivação, pelo Estado, do direito fundamental social à saúde, uma vez que os critérios por ele escolhidos para o controle de segurança dos medicamentos acabam sendo completamente ignorados.

¹⁶⁴ FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 213.

Nesse sentido, anota Mariana Filchtiner:

O controle de segurança dos medicamentos – considerados os diferentes aspectos ligados à eficácia das terapêuticas indicadas para cada fármaco, inclusive quanto a interações medicamentosas – sobreleva-se na discussão proposta pelo presente estudo e põe em xeque, ademais, a adequação de algumas decisões judiciais sobre o assunto. Pitelli e Muñoz citam exemplos graves, colhidos na jurisprudência: (a) imposições judiciais de fornecimento de medicação carente de autorização pelos órgãos competentes brasileiros, “sendo costumeiro que se leve em conta, para tanto, apenas e tão somente o licenciamento da nova droga pela FDA americana”; (b) indicação de drogas, exames e terapêuticas, sem comprovação científica da correspondente eficácia – o que inclui todo tipo de remédio ou procedimento experimental, acrescente-se; (c) acolhimento, como fundamento da demanda, de “simples indicações médicas individuais, geralmente sob a forma de “simples prescrição em receituário” – numa espécie de presunção *juris tantum* em favor do requerente, refira-se ainda.¹⁶⁵

Quanto aos medicamentos sem eficácia comprovada, com substâncias proibidas, de uso não autorizado pelos órgãos governamentais responsáveis, ou, ainda, que se encontram em fase de testes, não parece prudente, ao menos como regra geral, exigir-se do Poder Público a responsabilidade pelo seu fornecimento, considerando-se, inclusive, o risco que tais fármacos podem acarretar às pessoas. Não é outro o entendimento de Sarlet, para quem:

(...) não se mostra razoável, por exemplo, compelir o Estado a fornecer medicamentos e tratamentos experimentais, assim compreendidos aqueles não aprovados pelas autoridades sanitárias competentes (o que não significa que a opção técnica do setor governamental respectivo não possa e mesma deva ser sindicada em determinadas hipóteses), ou que o foram para finalidade diversa daquela pretendida pelo interessado, e que sequer constituíram objeto de testes minimamente seguros, de tal sorte que o autor da demanda, em alguns casos, pode estar servindo como mera cobaia, o que, no limite, poderá implicar até mesmo violação da própria dignidade da pessoa humana, que, em situações mais extremas, importa até mesmo no dever de proteção da pessoa contra si mesma, por parte do Estado e de terceiros¹⁶⁶.

¹⁶⁵ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 214.

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 46-7.

3.3. Audiência pública da saúde e as novas diretrizes

Tendo em conta a relevância teórica e prática que a judicialização do direito à saúde tomou nos últimos tempos, e atento a todas essas circunstâncias acima destacadas, o Supremo Tribunal Federal, através do Ministro Gilmar Mendes, convocou audiência pública no dia 5 de março de 2009¹⁶⁷. Entre os dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, foram ouvidos 50 especialistas no assunto, entre representantes da sociedade civil e dos entes públicos. A audiência teve como propósito o angariamento de subsídios fáticos e teóricos para os Ministros, bem como para todo o Poder Judiciário, de modo a criarem-se parâmetros para o trato das demandas que envolvam a questão da saúde.

Após os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores, algumas importantes premissas foram estabelecidas. Além de ter servido como substrato para as recomendações expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁶⁸ aos Tribunais de todo o país, seus parâmetros também tem orientado as decisões mais recentes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa esteira, cumpre destacar alguns importantes pontos observados no julgamento prolatado pelo Tribunal Pleno do Superior Tribunal Federal, ao analisar o agravo regimental interposto pela União contra a decisão que indeferira o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, em que também estava em apenso a Suspensão de Tutela Antecipada nº 178, o primeiro formulado pela União e o segundo pelo Município de Fortaleza¹⁶⁹. Em síntese, os referidos pleitos almejavam a sustação do fornecimento do medicamento *Zavesca* (princípio ativo *Miglustate*) para pacientes portadores da doença conhecida como *Niemann-Pick* tipo “C”. Sustentavam os impetrantes que o fármaco não teria sido aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não constando na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde; bem como que o seu

¹⁶⁷ O conteúdo completo da audiência pública da saúde pode ser visualizado através do [link](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude) <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 08 de novembro de 2010.

¹⁶⁸ A Recomendação nº 31 orienta os Tribunais a adotarem medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, de modo a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Foi publicada no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6 e pode ser acessada através do [link](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=10547&Itemid=515) http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=10547&Itemid=515. Acesso em 08 de novembro de 2010.

¹⁶⁹ STA 175 AgR / CE – Ceará. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/032010.

fornecimento estaria acarretando grave lesão à economia pública, em função do seu alto custo financeiro.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes destacou que um dos primeiros entendimentos extraídos dos debates ocorridos na Audiência Pública sobre a Saúde foi o de que, na grande maioria dos casos, o Judiciário é instado apenas a determinar o efetivo cumprimento de políticas públicas que já existem, mas que não vêm sendo cumpridas. Ao deferir uma prestação positiva já incluída nas políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o “*Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento*”¹⁷⁰. Nessa circunstância, pois, estaria evidente a existência de um direito público subjetivo.

Todavia, em se tratando de ação cuja prestação demandada não esteja prevista entre as políticas do SUS, os pedidos devem ser muito bem analisados. Nessa hipótese, surgem, segundo o Ministro, algumas diferentes situações.

A primeira seria quando há um pedido de condenação do Estado ao fornecimento de prestação não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Com base nos depoimentos prestados na audiência pública, o Ministro refere à administração pública é vedado fornecer medicamento não aprovado pela ANVISA, sendo esse requisito indispensável para a comprovação da segurança e do benefício do produto. Tal regra, contudo, não é absoluta, podendo, em casos excepcionais, ser autorizada pela ANVISA a importação de medicamento não registrado.

O segundo caso seria quando o SUS decide não custear determinada prestação por entender inexistirem evidências científicas suficientes a autorizarem sua inclusão ao sistema. Dessa hipótese decorrem duas situações: o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; o SUS não disponibiliza qualquer tratamento específico para determinada enfermidade.

Quanto à primeira situação, o Ministro assevera que, como regra geral, deverá ser respeitado o tratamento que o SUS, através dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas, entender como adequado ao tratamento da enfermidade, a não ser que se comprove a ineficácia ou a impropriedade da política adotada. Frisa, entretanto, que essa conclusão não afasta “*a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da*

¹⁷⁰

STA 175 AgR / CE – Ceará. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/032010. p. 17.

*custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz ao seu caso.*¹⁷¹”

No que tange à segunda circunstância, em sendo caso de pedido de fornecimento de tratamento experimental cuja eficácia científica não esteja comprovada, não há qualquer obrigação do Estado em fornecê-lo. Já em se tratando de tratamentos novos, ainda não incorporados pelo SUS, mas de uso já difundido na iniciativa privada, a omissão administrativa poderá ser impugnada por demanda judicial, na qual deverá ser realizada forte instrução probatória.

A ementa do julgamento em comento restou assim consolidada:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.
(STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070)

Essas novas diretrizes traçadas a partir das conclusões decorrentes da Audiência Pública da Saúde são de fundamental relevância para melhor definirem-se os critérios de julgamento das ações judiciais que versam sobre o tema. Nesse ponto, oportuno transcrever trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, que bem destaca essa importância:

(...) independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.¹⁷²

¹⁷¹ STA 175 AgR / CE – Ceará. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/032010. p 20.

¹⁷² STA 175 AgR / CE – Ceará. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/032010. p 22.

CONCLUSÃO

Considerando tudo que foi exposto no presente trabalho, chega-se à conclusão de que o direito à saúde - referido no artigo 6º e definido no artigo 196, ambos da Constituição Federal – é parte integrante do conjunto formado pelos direitos fundamentais sociais. A positivação e consagração de tais direitos são verificadas a partir da adoção de uma nova postura por parte do Estado Democrático de Direito, a qual passa também a contemplar a regulamentação da ordem econômica e social. O direito à saúde encontra assento nos denominados direitos de segunda geração, cuja principal característica reside na possibilidade de reivindicação de prestações positivas por parte do Estado, com o fito de promover sua efetivação no plano material concreto.

Embora inserido no âmbito dos direitos de segunda geração, observou-se que a efetivação do direito social à saúde também exige a mesma proteção conferida aos direitos de defesa, pois o Estado, assim como terceiros, devem abster-se de ações que possam ir de encontro ao dever de promoção e respeito à saúde das pessoas. Demonstrou-se, contudo, que a efetivação do aludido direito reclama muito mais que uma mera abstenção por parte do Estado, ela exige ações positivas estatais, suficientes para garantir-se, pelo menos, o indispensável ao exercício do direito à saúde. A materialização dessas prestações dá-se através da prática de atos administrativos amparados em lei prévia ou, ainda, pela implementação de políticas públicas.

Com relação a esse segundo aspecto, analisaram-se as diferentes correntes que tratam acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no campo das políticas públicas. Salientou-se o entendimento dos que negam qualquer possibilidade de intervenção; o de que a intervenção só justifica-se quando a política social estiver prevista em lei ordinária ou na Constituição; e, ainda, o de que incumbe ao Judiciário intervir, mesmo que o cumprimento da prestação estatal esteja amparado tão somente no dever geral do Estado em promover a efetivação dos direitos fundamentais. Entrou-se na discussão atinente à reserva do possível, tratando desde a sua origem doutrinária até os diferentes posicionamentos quanto à implicação prática de seus fundamentos na atuação jurisdicional.

Considerando-se a possibilidade de efetivação do direito fundamental social à saúde também através de demandas individuais que, no âmbito do tema, buscam, na grande maioria dos casos, compelir os entes estatais a fornecerem medicamentos, realizou-se uma leitura do posicionamento que tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Em linhas gerais, viu-se que os Ministros do Excelso Pretório mostraram diferentes entendimentos no que diz com a eficácia do artigo 196 da Constituição Federal, entendendo-a ora como de eficácia imediata, ora como norma programática. Em que pese a discussão teórica, asseverou-se que a saúde tem sido reconhecida como direito público subjetivo, cuja sindicabilidade pode ser oposta contra qualquer dos entes federados. Destacaram-se, ainda, julgados em que são abordados pontos referidos no trabalho, como o mínimo existencial e a reserva do possível; bem como discutiram-se pontos controversos, tais como a postulação de medicamentos não constantes das listas governamentais.

Por fim, deu-se enfoque às novas diretrizes erigidas a partir da audiência pública da saúde, convocada pelo Ministro Gilmar Mendes. Verificou-se a consagração do posicionamento que admite a atuação do Poder Judiciário no caso de existir política pública implementada, mas não cumprida. Além disso, frisou-se que, como regra, é vedada à administração pública fornecer medicamento não aprovado pela ANVISA, assim como tratamentos que o SUS entende inexistir evidências científicas suficientes para sua inclusão no sistema.

Ante todo o exposto, é importante registrar que a justiciabilidade do direito à saúde - tendo em conta todas as nuances envolvidas na discussão relativa à apreciação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas e também no que tange ao fornecimento de medicamentos e da prestação de tratamentos pelo Sistema Único de Saúde - ainda está caminhando em busca de uma solução aprioristicamente definitiva. Prova disso é a própria postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao abrir um espaço de discussão para o problema entre os diversos segmentos da sociedade. Trata-se, de fato, de uma questão delicada, cuja solução exige a busca da aproximação de um consenso entre todos os envolvidos.

Nesse contexto, encontra-se o Poder Judiciário, que não pode eximir-se de sua responsabilidade em, juntamente com os demais poderes, tornar efetivo aquilo que dispõe a Constituição Federal. Apesar de toda a controvérsia constatada, há de reconhecer-se que a atuação jurisdicional é um fundamental mecanismo através do qual se exerce pressão social sobre a Administração Pública, que se sente

compelida a tomar medidas concretas e eficazes para o apaziguamento do problema social, além de também se ver obrigada a reavaliar seu planejamento e sua prioridade de investimentos. Essa incessante busca por um estado ideal faz com que, ainda que ele nunca seja atingido em sua plenitude, possamos alcançar um estágio superior ao limite que uma condição de passividade e complacência com os problemas sociais nos levará.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. *Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva: 2006.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2º Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6º ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e Outros. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1º ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública no Direito*. In: Maria Paula Dallari Bucci (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva: 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Adriana Vieira de. *O Controle Judicial das Políticas Públicas como garantia de Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Disponível na internet: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2964>. Acessado em 21 de outubro de 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTEVEES, José Luiz M. *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007,

FERRAJOLI, Lujji. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

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

FILHO, Manoel Gonçalves Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, Rafael Barreto. *O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística*. **Interesse Público**, ano 10, n. 51, set/out. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GOUVÊA, Marcos Maselli. Doutrina: *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. Disponível na internet: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm>. Acesso em 09 de outubro de 2010.

LEAL, Costa Rogério. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sócios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11 ed. São Paulo: Método, 2007.

LOVATO, Luiz Gustavo. *A Proteção à Saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos*. In: ASSIS, Araken de (org.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez: 2007.

JOVCHELOVICTH, Marlova. *O processo de Municipalização no Brasil: avanços e recuos*. Porto Alegre: M.J. Dissertação (mestrado), 1991.

JÚNIOR, César Saldanha Souza. *A Crise na Democracia no Brasil: aspectos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direitos contitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil volume 1 - teoria geral do processo*. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUNES, Anelise Coelho. *A Titularidade dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

_____. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988*. **Revista Eletrônica sobre a**

Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº 11, setembro/outubro/novembro de 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEVERO, Álvaro Vinícius Paranho e JÚNIOR, Faustino Rosa. *Os direitos da pessoa humana na Constituição Federal de 1988: os direitos sociais podem ser pleiteados na via judicial?* Araken de Assis (organizador). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 1998,

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000,

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p