

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DIEGO RINALDI CÓRDOVA

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DA TEORIA À JUDICIALIZAÇÃO

CURITIBA  
2012

DIEGO RINALDI CÓRDOVA

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DA TEORIA À JUDICIALIZAÇÃO

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann  
Moreira.

CURITIBA  
2012

## TERMO DE APROVAÇÃO

DIEGO RINALDI CÓRDOVA

### O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DA TEORIA À JUDICIALIZAÇÃO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama

Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco

À minha mãe e meu pai.  
Pois somente o amor é capaz de superar todas as intempéries.

*"É preciso ter um caos dentro de si para dar à luz uma estrela cintilante."*

Friedrich Nietzsche

*Audere est facere (ousar é fazer).*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO I: O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....</b>	<b>10</b>
1.1. Breve histórico.....	10
1.2. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988.....	12
<b>CAPÍTULO II: PERSPECTIVA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>15</b>
2.1. Saúde: um direito <i>sui generis</i> .....	15
2.1.1. Classificações do direito à saúde.....	15
2.1.2. Direito à saúde como corolário do direito à vida.....	17
2.2. Direitos sociais.....	20
2.3. Sobre a eficácia das normas constitucionais.....	23
2.3.1. A doutrina da efetividade.....	24
2.3.2. Crítica à limitação de eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais sociais.....	26
2.4. Teoria dos princípios.....	30
2.4.1. Introdução.....	30
2.4.2. Princípios, direitos fundamentais e sua aplicação.....	31
2.4.3. Ponderação.....	33
2.4.4. Intensidade do controle dos outros poderes pelo Poder Judiciário.....	35
<b>CAPÍTULO III: JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....</b>	<b>36</b>
3.1. Introdução.....	36
3.2. Análise sobre as principais críticas opostas à judicialização da saúde.....	40
3.2.1. Teoria da reserva do possível.....	40
3.2.2. Princípio da separação dos poderes.....	44
3.2.3. Demais argumentos desfavoráveis à judicialização da saúde.....	49
3.3. O Poder Judiciário e o seu papel na concretização do direito à saúde.....	53
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>61</b>

## **RESUMO**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a elevação da saúde à condição de direito fundamental, multiplicou-se o número de ações judiciais com o objetivo de garantir o direito fundamental à saúde das pessoas em face do Estado. Este fenômeno, conhecido como judicialização da saúde, é dos mais controversos e instigantes temas da atualidade. Para conhecê-lo, é necessário proceder à análise de diversas teorias e categorias jurídicas que prestam importante auxílio a sua elucidação. Pretende-se, no presente trabalho, examinar o direito fundamental à saúde para, ao fim, concluir que, com fundamento na Lei Maior, a saúde é um dos fundamentos do Estado brasileiro e, portanto, merece sua especial proteção.

Palavras-chave: direito à saúde; direitos fundamentais sociais; judicialização.

## **ABSTRACT**

After the promulgation of the Brazilian Federal Constitution and the rise of health to the condition of fundamental right, there was a great increase on the number of judicial actions with the intention to assure the fundamental right to health of people versus the State. This phenomenon, known as health's "judicialization", is one of the more controversial and instigating themes of present time. To know it, it is necessary to proceed to the analysis of many theories and juridical categories, which give an important assistance to unveil it. The objective of the present essay is to examine the fundamental right to health in order to conclude that, based on the Brazilian Federal Constitution, health is one of the principles of the Brazilian State and it deserves special governmental protection.

Keywords: right to health; fundamental social rights; judicial decisions.

## INTRODUÇÃO

Por meio das aulas de Direito Constitucional e de Direito Financeiro surgiu a ideia de escrever sobre o direito fundamental à saúde, focando, em especial, a atuação do Poder Judiciário perante os conflitos de interesses que lhe são postos à apreciação e que envolvam o referido tema.

O interesse surgiu, basicamente, em função da atualidade e da controvérsia existente sobre a matéria. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 o direito à saúde ganhou novos contornos, tendo em vista as disposições inovadoras da referida Carta. Outrossim, por mais contraditório que, à primeira vista, pareça, não faz muito tempo que as normas constitucionais adquiriram, efetivamente, normatividade. Portanto, em todo o Direito Constitucional houve uma recente revolução e, assim, o direito fundamental à saúde, reflexamente, se viu atingido por essas mudanças. Como atesta Luís Roberto Barroso:

Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde<sup>1</sup>.

De fato, alçada à condição de direito fundamental social, dotada de normatividade e, dessarte, oponível, multiplicaram-se, com a nova Carta, as demandas judiciais envolvendo questões atinentes à saúde. Por óbvio, não há unanimidade entre os magistrados no que tange à concessão de remédios e tratamentos médicos por intermédio do Poder Judiciário, havendo posicionamentos tanto a favor quanto contra o controle judicial de políticas públicas.

---

1 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** In \_\_\_\_. Temas de direito constitucional. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 218.

Contudo, a proteção da saúde é um dos pilares do Estado Constitucional de Direito. Deveras, o que se defenderá no presente trabalho é que uma das precípuas finalidades do Brasil é promover o desenvolvimento social, com vistas à justiça social. E isso é extraído da própria configuração jurídico-normativa do direito pátrio, mormente o disposto na Constituição Federal.

Dessarte, proceder-se-á, primeiramente, à análise do direito à saúde no Brasil, seu histórico e as inovações trazidas pela Lei Maior e pela legislação infraconstitucional que a seguiu. Após, examinar-se-á o direito fundamental à saúde sob as lentes do Direito, inserindo-o em categorias e teorias que dizem respeito a sua configuração e aplicação em termos estritamente jurídicos. Finalmente, tecer-se-á considerações acerca do fenômeno conhecido como judicialização da saúde, causa dos maiores debates doutrinários e jurisprudenciais.

Diante do exposto, conclui-se que o acesso à saúde através da via judicial é tema que motiva a pesquisa, em função da atualidade e controvérsia da questão.

Os juristas, como intérpretes do Direito, têm a tarefa de depurar os critérios existentes e imbuí-los da maior racionalidade possível. Realizar um juízo estanque e universal acerca da presente matéria é trabalho de hercúlea resolução, mas analisar a questão sob o prisma da melhor doutrina é tarefa que, desprovidos de grandes pretensões, nos atreveremos a fazer.

## CAPÍTULO I: O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

### 1.1. BREVE HISTÓRICO

Luís Roberto Barroso assevera que "a trajetória da saúde pública no Brasil inicia-se ainda no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa"<sup>2</sup>. Contudo, "nesse período, eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas"<sup>3</sup>, sendo que não havia, nesse ínterim, "ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade"<sup>4</sup>.

Foi somente a partir da década de 30 que se realizou "a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas"<sup>5</sup>, com a criação dos Institutos de Previdência (IAP's), "que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo"<sup>6</sup>. No entanto, os serviços prestados pelos IAP's "estavam limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto"<sup>7</sup>. Nesse período "a saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência"<sup>8</sup>.

De fato, na história constitucional brasileira, a saúde foi prevista pela primeira vez na Carta de 1934, que a tratava como um direito restrito ao trabalhador formal. Estava-se, ainda, distante da universalização, que só ocorreria muitos anos depois, com a entrada em vigor da Constituição de 1988.

Durante o regime militar, houve a unificação dos IAP's, cujo resultado foi o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Com a criação do INPS,

todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde. No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à

---

2 Ibidem, p. 228.

3 Idem.

4 Ibidem, p. 229.

5 Idem.

6 Idem.

7 Idem.

8 Idem.

saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública”<sup>9</sup>.

Após, o INPS foi "substituído pelo INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social)"<sup>10</sup>, sendo ambos os institutos "autarquias vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social"<sup>11</sup>.

Só foi a partir do final da década de 1980 que o INAMPS ampliou a sua cobertura “para trabalhadores rurais e para usuários alheios ao sistema previdenciário formal”<sup>12</sup>, o que configuraria “o início da cobertura universal que seria consagrada pela Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional que a seguiu”<sup>13</sup>.

Deveras, a sociedade brasileira ansiava por mudanças, sendo que, “com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde”<sup>14</sup>.

Com efeito, a universalização foi a tônica dos debates da Assembléia Nacional Constituinte, no que tange aos serviços públicos de saúde. O resultado desse movimento foi a instituição de um “acesso universal e igualitário às ações e serviços”<sup>15</sup> relacionados à saúde, nos termos do art. 196 da Lei Maior. Assim, a partir de 1988, “a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde”<sup>16</sup>.

Somente em 1988 que, finalmente, a saúde encontra seu apogeu. A Constituição Federal de 88 foi a primeira a destinar à saúde um alentado tratamento, garantindo-lhe o status de direito fundamental. É o que se abordará, em específico, no próximo item.

---

9 Ibidem, p. 230.

10 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Público e privado no setor de saúde**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 105-154, jan./mar. 2005, p. 142.

11 Idem.

12 Idem.

13 Ibidem, p. 143.

14 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 230.

15 Idem.

16 Ibidem, p. 231.

## 1.2. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Carta de 88 foi a primeira das Constituições brasileiras a reservar à saúde uma qualidade que lhe é inerente, e que foi negligenciada ao longo da história constitucional brasileira. Deveras, somente neste ano a saúde é elevada à condição de direito fundamental no Brasil, com expressa previsão no art. 6º, que define os direitos fundamentais sociais. Para José Afonso da Silva, “é espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem”<sup>17</sup>.

Entretanto, a saúde é integrante de um projeto maior: a seguridade social, o qual, na dicção do art. 194 da Carta da República, “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Não obstante a previsão da saúde como direito fundamental social no art. 6º da Constituição, como já mencionado, é nos arts. 196 a 200 que há um maior detalhamento normativo do que se entende por saúde, para fins constitucionais. Estas normas têm cunho eminentemente programático, não obstante seja perfeitamente possível, com base nelas, a outorga de prestações sociais, como se defenderá ao longo deste trabalho.

De fato, a Constituição de 1988 acabou “incorporando normas mais específicas a respeito da saúde pública e seu conteúdo jurídico”<sup>18</sup> em seu texto, ocasionando uma verdadeira “ressurreição do direito à saúde no Brasil”<sup>19</sup>. Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Telles Nunes, a respeito das disposições constitucionais referentes à saúde, aduzem que

(...) a Constituição de 1988, em primeiro lugar, reconheceu o direito à saúde como um direito social (art. 6º, CF). Em segundo lugar, definiu as normas de competência para a atuação da União, Estados e Municípios em matéria de saúde (art. 23, II; 24, XII; e 30, VII, CF). Em terceiro, tratou da criação do Sistema Único de Saúde (SUS), dos seus princípios fundamentais e dos

17 AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 310.

18 MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 213-231, abr.jun. 2010, p. 214.

19 Ibidem, p. 213.

direitos básicos do cidadão perante esse sistema. Enfim, definiu regras sobre investimentos estatais na área de saúde e a possibilidade de colaboração dos particulares com o sistema (art. 196 a 200, CF).<sup>20</sup>

A Constituição Federal sedimenta os princípios que regem a prestação dos serviços de saúde na esfera pública. Fundamentalmente, são eles

a universalidade de acesso; a responsabilidade repartida entre todos os entes federativos (não só em sua prestação, mas igualmente em seu custeio); a descentralização dos serviços e a criação de um sistema público único, integrado pelos três entes, que garanta tais valores<sup>21</sup>.

O art. 198 determinou a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

O Sistema Único de Saúde, tal como previsto na Constituição Federal, objetiva reduzir o risco de doenças e de outros agravos e almeja assegurar a todos o acesso universal e igualitário a ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, através da implementação de políticas públicas específicas.

Todas as pessoas políticas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) devem arcar com o custeio da rede, tendo em vista que o SUS é regido pelo princípio da descentralização (art. 198, I, CF), bem como a existência de expressa previsão constitucional que institui responsabilidade solidária entre as diversas esferas governamentais (art. 198, §1º).

Como atesta Allan Weston,

o sistema é denominado 'único' tendo em vista que todas as esferas da federação possuem obrigações recíprocas e permanentes em relação à saúde, de modo que se uma delas não cumpre com suas obrigações, a outra deverá fazê-lo.<sup>22</sup>

E assim o é porque todas as esferas de governo têm “responsabilidade comum e solidária perante a população”<sup>23</sup>.

Outrossim, no âmbito do SUS, o atendimento à população deverá ser integral, conforme o art. 198, II. Depreende-se dessa disposição constitucional que era intenção do constituinte transformar a prestação pública dos serviços de saúde

<sup>20</sup> Ibidem, p. 214.

<sup>21</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op. cit., p. 143.

<sup>22</sup> WANDERLEY, Allan Weston de Lima. **A eficácia do direito à saúde: limites relativos ao fornecimento de medicamentos excepcionais**. Cascavel: ASSOESTE, 2011, p. 86.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 87.

na regra do sistema sanitário. Assim, as ações e serviços de saúde são prestados, prioritaria e preferencialmente, pelo Poder Público, autorizando-se a sua exploração pelas instituições privadas, mas de modo complementar, na esteira do art. 199.

Para além desses fatores, “a ressurreição do direito à saúde se deveu a um segundo fator dito político, ou seja, referente à atuação dos três Poderes estatais na concretização do direito em pauta”<sup>24</sup>. Deveras,

o Poder Legislativo se incumbiu da edição da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) e de outras leis que, por exemplo, vieram a criar a Agência Nacional de Saúde (ANS – Lei nº 9.961/2000) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA – Lei nº 9.782/1999)<sup>25</sup>.

O Executivo, a seu turno, “vem concretizando o direito à saúde por uma série de ações”<sup>26</sup>, como, por exemplo, as “farmácias populares”, criadas por meio do Decreto nº 5.090/04.

A revolução no tratamento destinado à saúde é fato que também decorre do ganho de normatividade com o qual a Lei Maior passou a contar. Vê-se, contemporaneamente, a Constituição como um texto normativo do qual podem decorrer pretensões diretamente deduzidas de seus dispositivos. Dessarte, não é de se espantar que o papel do Poder Judiciário (intérprete, por excelência, da Constituição e da legislação infraconstitucional) na concretização do direito à saúde tenha se acentuado sensivelmente.

Dessa forma, percebe-se que a saúde passou por inúmeros transformações positivas, no plano jurídico-formal pátrio, nos últimos anos.

Passar-se-á, agora, à análise de institutos e categorias jurídicas relacionadas ao direito à saúde, para que se possa compreendê-lo de forma mais aprofundada.

---

24 MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Op cit., p. 214.

25 Ibidem, p. 214-215.

26 Ibidem, p. 215.

## CAPÍTULO II: PERSPECTIVA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE

Examinar-se-á, neste capítulo, o direito à saúde em sua dimensão jurídica, desvelando-se o seu conteúdo e as grandes categorias nas quais ele está inserido. Pretende-se encará-lo, também, sob um prisma dinâmico: situações em que o direito à saúde colida com outros direitos fundamentais ou princípios, nas quais deve se proceder a sua ponderação nos casos concretos.

### 2.1. SAÚDE: UM DIREITO *SUI GENERIS*

#### 2.1.1. Classificações do direito à saúde

A definição do que seja saúde, em termos jurídicos, é tarefa de difícil resolução. É frequente a remissão à conceituação empregada pela Organização Mundial de Saúde, no Preâmbulo de sua Constituição, segundo o qual a saúde é “um estado de completo bem-estar físico, psíquico e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”<sup>27</sup>. No entanto, esse “completo bem-estar” deve ser relativizado, pois ninguém, de fato, está bem o tempo todo.

Não obstante se enquadre, em regra, o direito à saúde como um direito fundamental de segunda geração<sup>28</sup>, trata-se de direito polivalente. Com efeito, seu conteúdo é de cunho eminentemente social, mas a saúde também participa de outras gerações de direitos fundamentais.

É classificado como direito de segunda geração porque se realiza, primacialmente, através de prestações positivas por parte do Poder Público.

Contudo, a saúde está intrinsecamente ligada à vida, ligando-se, também, à

---

27 DIAS, Eduardo Rocha. **Direito à saúde, liberdade de iniciativa e a nova regulamentação do oferecimento de produtos e serviços em farmácias e drogarias**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 73-110, jan.mar. 2010., p. 77-78.

28 Ver, por todos: MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267-268.

primeira geração de direitos fundamentais. Outrossim, é direito difuso, que recai sobre um número indeterminado de sujeitos, aproximando-se, assim, da terceira geração.

Dessarte, não é de se estranhar que a tutela do direito à saúde revele “a complexidade do papel dos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas e a multifuncionalidade que se lhes empresta, resultado da também complexa posição da pessoa na coletividade”<sup>29</sup>.

O direito à saúde apresenta, em síntese, duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. Esta se apresenta como “um direito individual, decorrente da tutela da vida, relativo à participação nas prestações estatais, visando a alcançar o bem-estar físico e mental”<sup>30</sup>, enquanto a dimensão objetiva revela o direito à saúde como um “direito fundamental social, que impõe ao Estado as obrigações de: editar normas que criem as condições materiais e institucionais para seu exercício; proteger o indivíduo contra agressões de terceiros e fornecer prestações”<sup>31</sup>.

Há, portanto, um cariz organizativo (dimensão objetiva) relativo à saúde, destinado à população em geral, bem como um prestacional, que origina direitos públicos subjetivos aos cidadãos que tenham determinadas pretensões sanitárias denegadas pelo Poder Público (dimensão subjetiva).

Prosseguindo, a saúde é também considerada um serviço público. Contudo, é um serviço público não privativo do Estado, utilizando a terminologia de Eros Grau<sup>32</sup>. É, portanto, um serviço social, assim como a educação. O Estado tem a obrigação de prestá-lo. Não obstante, trata-se de atividade aberta à exploração pelos particulares que, no entanto, estão sujeitos à fiscalização estatal. Assim, trata-se a saúde de serviço submetido a regime dual: quando prestada pelo Poder Público, se sujeita ao regime de direito público. Se prestada por particular, ao regime de direito privado, derogado, entretanto, parcialmente pelo regime de direito público, tendo em vista a relevância do serviço.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica a saúde como um “serviço de

---

29 DIAS, Eduardo Rocha. Op. cit., p. 77.

30 Idem.

31 Idem.

32 “Exemplos típicos de serviços públicos não privativos manifestar-se-iam nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde”. In: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 124.

prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade”<sup>33</sup>. A respeito, assevera que a saúde, dentre outros serviços desse gênero, tais como a educação e a previdência social, são “espécies de serviço que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão”<sup>34</sup>.

Dessarte, é lícito aos particulares explorá-los economicamente, não obstante a regra seja a de que esses serviços sejam, preferencialmente, prestados pelo Poder Público. Embora a Constituição institua a saúde como um “dever do Estado” em seu art. 196, igualmente afirma, no art. 199, que se trata de atividade “livre à iniciativa privada”. Portanto, trata-se de serviço público que segue um regime próprio.

#### 2.1.2. Direito à saúde como corolário do direito à vida

A saúde é um direito que está intrinsecamente ligado à vida humana. Sem saúde não há qualidade de vida e, na completa ausência daquela, a própria vida resta prejudicada. Ingo Wolfgang Sarlet afirma que

é no âmbito do direito à saúde (...) que se manifesta de forma mais contundente a vinculação de seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc.), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>35</sup>.

Ademais, como é notório, “a vida (e o direito à vida) assume (...) a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana”<sup>36</sup>.

Prossegue o mestre, asseverando que

---

33 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 696.

34 Ibidem, p. 697.

35 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 319.

36 Idem.

para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível<sup>37</sup>.

Portanto, a tutela ao direito à saúde também deve ser diferenciada, tendo em vista que, em última análise, a garantia da saúde se liga à própria manutenção da vida, bem jurídico da maior relevância em um Estado Constitucional de Direito.

A respeito do direito à vida, o Tribunal Constitucional Espanhol (STC 53/1985) já se manifestou no seguinte sentido:

El derecho a la vida reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de um valor superior del ordenamiento jurídico constitucional – la vida humana – y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible<sup>38</sup>.

Corroborava essa posição José Augusto Dias de Castro, para quem

em matéria de saúde, parece-nos não haver escolha trágica, pois se trata de direito superior a qualquer outro (no dizer de René Descartes, o chefe de todos os bens), pois é o mais intimamente ligado à ideia de vida. Educação, transporte, moradia, são importantes, mas não visceralmente ligados à vida como a saúde, e devem ser sacrificadas em função dela<sup>39</sup>.

Assim, o direito à saúde assume a posição de corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, constatando-se que, “se atentarmos contra a dignidade, estaremos, na verdade, atentando contra a própria humanidade do indivíduo”<sup>40</sup>.

Sarlet ressalta que

ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também que a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental, ou não)<sup>41</sup>.

37 Ibidem, p. 320.

38 Ibidem, p. 320, nota de rodapé 260.

39 CASTRO, José Augusto Dias de. **A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 149-158, jan./mar. 2008, p. 153.

40 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 345.

41 Idem.

Dessarte, resta cristalino que o direito à saúde, como corolário do direito à vida, tem uma dupla dimensão: positiva e negativa, abrangendo um complexo de direitos subjetivos de caráter defensivo e prestacional. O Estado não só tem a obrigação de promover a saúde, como também lhe é defeso a prática de qualquer ato que atente contra a plenitude de seu exercício.

Dada a relevância desse direito para a ordem jurídico-constitucional brasileira, Ingo Sarlet defende a seguinte posição:

Pela sua inequívoca relevância sob o aspecto de garantia do próprio direito à vida, poder-se-á ter como certo que o direito à saúde, ainda que não tivesse sido reconhecido expressamente pelo Constituinte, assumiria a feição de direito fundamental implícito, a exemplo, aliás, do que ocorre em outras ordens constitucionais, como é o caso da Argentina, ao menos segundo parte da doutrina, e da Alemanha<sup>42</sup>.

Prosseguindo, o professor gaúcho assevera que

a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente, sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos<sup>43</sup>.

Por fim, arremata o insigne mestre, com pena de ouro:

O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça<sup>44</sup>.

Dessarte, tutelar a saúde é, na esteira da melhor doutrina, tutelar a própria sobrevivência do Estado Constitucional de Direito. Com efeito, duas das características comuns a esse tipo de comunidade política é a garantia do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. E assim o é, no plano formal, a conformação

---

42 Ibidem, p. 321.

43 Ibidem, p. 322.

44 Idem.

jurídico-constitucional pátria, conforme se depreende dos arts. 1º, III, e 5º, caput, da Lei Maior. Portanto, a defesa da saúde é exigência inarredável do Estado brasileiro.

## 2.2. DIREITOS SOCIAIS

Como já dito, é possível amoldar o direito à saúde em qualquer das três gerações de direitos fundamentais, dada a sua polivalência. Contudo, o seu conteúdo melhor se conforma à segunda geração, ligada aos direitos sociais. Com efeito, o direito à saúde se realiza, primacialmente, através da entrega de prestações por parte do Poder Público, motivo pelo qual é imperioso dedicar um espaço para a análise dos direitos de cunho prestacional.

Os direitos fundamentais são, classicamente, divididos em três gerações.

A terceira se refere a direitos de titularidade difusa, assim se classificando, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>45</sup>. Esta geração não será abordada com maiores minúcias.

A primeira das gerações é oriunda das Revoluções liberais do século XVIII, nos Estados Unidos e na França. A esse ponto, almejava-se proteger o indivíduo ante a arbitrária ingerência estatal, de sorte que cada pessoa pudesse ter uma esfera intangível de direitos, individualmente considerados. Destacam-se, neste contexto, o direito à vida, à propriedade e à igualdade, este em seu aspecto formal.

Conforme assevera Paulo Gustavo Gonet Branco:

Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenções dos governantes, criando obrigações de não fazer. De não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e de reunião. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade sindical e o direito de greve (...) não eram tolerados no Estado de Direito liberal<sup>46</sup>.

---

45 MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. Op. cit., p. 268, nota de rodapé 5.

46 *Ibidem*, p. 267.

Com efeito, a preocupação com as desigualdades sociais só irá se manifestar no primeiro quartel do século XX. O paradigma dessa mudança é a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, em 1919, que demonstram uma preocupação até então inédita com os problemas sociais, e são as Constituições que primeiro prevêm os ditos direitos fundamentais de segunda geração.

Ambas as Constituições representam a ascensão do Estado Social em detrimento do Estado Liberal forjado no decorrer do século XVIII. Os governantes, ante o desenfreado crescimento de desigualdades sociais, assimilaram a ideia de que a abstenção estatal na prestação de determinados serviços à população era socialmente danosa. Era necessária a intervenção do Estado em determinadas áreas, a fim de possibilitar aos menos afortunados condições de desenvolver seus projetos existenciais.

Assim nasceu o Estado de bem-estar social, ou Welfare State, que é uma concepção de Estado cujo objetivo é assegurar aos cidadãos um mínimo de atendimento as suas necessidades básicas. Assim, o Estado avoca para si a prestação de determinados serviços, tais como educação, saúde, assistência social, lazer, dentre outros, a fim de diminuir a desigualdade material entre as pessoas.

Esses novos direitos, oriundos do reconhecimento da existência de graves problemas no seio da sociedade, são adjetivados de “sociais”, que,

diversamente dos abstratos direitos de primeira geração, (...) são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade<sup>47</sup>.

Assim, enquanto os direitos à liberdade, da primeira geração, se ligavam a uma forte abstenção por parte do Estado na esfera individual, os direitos sociais, a seu turno, têm como instrumento de efetivação, precisamente, a atuação estatal. Deveras, tratam-se de direitos prestacionais, ou seja, direitos que só se concretizam através de uma ação positiva por parte do Estado, constituindo verdadeiras "formas de tutela pessoal"<sup>48</sup>.

José Afonso da Silva assim os define:

---

47 Ibidem, p. 759.

48 AFONSO DA SILVA, José. Op. cit., p. 286.

(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais<sup>49</sup>.

Luís Roberto Barroso os conceitua de modo similar:

Direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandariam investimento de recursos, nem sempre disponíveis. Esses direitos, também referidos como prestacionais, se materializam com a entrega de determinadas utilidades concretas, como a educação e saúde<sup>50</sup>.

Os direitos sociais, ou de segunda geração, sucedem os da primeira. Contudo, apesar desta sucessão, os últimos não são anulados: aos clássicos direitos à liberdade somam-se as conquistas do Estado Social. Com efeito, "os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos"<sup>51</sup>.

Prosseguindo, os direitos sociais se prendem ao conceito de liberdade concreta, na medida em que a sua prestação cria condições para que os que deles careçam possam se desenvolver e desfrutar de outros direitos, como, por exemplo, os individuais. Portanto, são direitos que expandem a autonomia do indivíduo, colocando-o (ou, ao menos, tentando fazê-lo) em igualdade de fato com aqueles que não necessitam de tais prestações.

Necessário, a esse ponto, esclarecer uma questão terminológica. Não obstante se adjective esses direitos de "sociais", os seus destinatários não são apenas determinados agrupamentos humanos. De fato,

os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados<sup>52</sup>.

E assim o é com o direito à saúde. A Carta de 1988 foi a primeira a destacar

---

49 Idem.

50 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 221, nota de rodapé 3.

51 MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. Op. cit., p. 268.

52 Idem.

os direitos sociais do capítulo da ordem econômica e social, e os colocou lado a lado com os direitos fundamentais. A saúde é, portanto, um direito fundamental social, que se realiza, em regra, através de prestações por parte do Poder Público à população em geral, não obstante seja perfeitamente possível a concretização desse direito através de prestações individualizadas, como as que decorrem, por exemplo, de demandas judiciais movidas por particulares contra o Estado, qualquer que seja a pessoa política de direito público interno que figure no pólo passivo da ação.

Portanto, vê-se que é plenamente possível a dedução de direitos públicos subjetivos, de forma individualizada, diretamente da Constituição. Com efeito, as normas contidas em seus preceitos não podem mais ser concebidas como meros enunciados de recomendações destituídos de eficácia jurídica. São, ao contrário, normas jurídicas, dotadas de imperatividade, que obrigam os seus destinatários à realização das obrigações por elas enunciadas. É o que se verá, com detalhes, a seguir.

### 2.3. SOBRE A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Uma das maiores polêmicas envolvendo o direito à saúde é a respeito da possibilidade de dedução de pretensões diretamente das normas constitucionais que o prevêm, ou se, de outro lado, é necessário que haja edição de lei que regulamente o dispositivo da Lei Maior, para que esta possa irradiar seus efeitos de forma indireta.

Dessarte, mister analisar a questão da eficácia das normas constitucionais, mormente as definidoras de direitos e garantias fundamentais sociais.

### 2.3.1. A doutrina da efetividade

A conquista de eficácia por parte das normas constitucionais foi um grande passo no sentido de se concretizar a Constituição e seus projetos emancipadores. Não faz muito tempo que a Lei Maior era concebida como documento meramente político e destituído de aplicabilidade direta e imediata, a depender de intermediação do legislador que, através de seu ato privativo (lei), regularia o dispositivo constitucional, único meio pelo qual este poderia se efetivar.

Com efeito, o Direito Constitucional teve negligenciada, na maior parte de sua história mundial, a sua parte dogmática e prescritiva<sup>53</sup>. No Brasil não foi diferente. Somente no início dos anos 80 do século passado que ocorreu uma verdadeira “virada jurisprudencial” da disciplina no Brasil, na qual esta se afastou, parcialmente, do campo da ciência política e se aproximou do direito processual<sup>54</sup>.

Denominou-se esse movimento como doutrina brasileira da efetividade. Seu objetivo era combater a “insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento”<sup>55</sup>. Deveras, “a essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa”<sup>56</sup>, inexigindo-se, para tanto, a intermediação de ato normativo de natureza legal.

Reconhecia-se, finalmente, força normativa às normas constitucionais, dotando-as de cogência e imperatividade, tal qual qualquer outra norma do ordenamento jurídico.

Com essa nova concepção, os direitos de assento constitucional passaram a ser tuteláveis por meio do Poder Judiciário, tornando-se possível o deferimento de pretensões deduzidas diretamente da Lei Fundamental.

Com efeito, “a doutrina da efetividade importou e difundiu, no âmbito do direito constitucional, um conceito tradicionalmente apropriado pelo direito civil, mas

---

53 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220.

54 Ibidem, p. 221.

55 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 220.

56 Idem.

que, na verdade, integra a teoria geral do direito: o de direito subjetivo”<sup>57</sup>, entendendo-se este como “o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse”<sup>58</sup>.

Assim, “não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecido constitucionalmente o direito de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação”<sup>59</sup>. Trata-se do clássico direito de ação, o qual encontra firme assento no art. 5º, XXXV, da Lei Maior, no qual se prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em função da mudança paradigmática com que a aplicação da Constituição se deparou, o direito de ação, que antes servia apenas para resguardar a higidez de direitos infraconstitucionais, passou a servir de garantia também àqueles direitos previstos expressamente na Constituição. Dessarte, estes passaram a ser fonte direta de direitos e obrigações pois, de um lado, são normas jurídicas, e, de outro, se estão na Constituição, é porque devem ser cumpridos.

Ora, se há previsão de um direito na fonte normativa originária do Estado, é porque ele é, por si só, relevante. E, por ser norma jurídica, devem decorrer pretensões judicialmente tuteláveis da mesma. Como afirma Barroso, “o positivismo constitucional (...) não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma”<sup>60</sup>.

Dessarte, não é de se estranhar que o direito à saúde tenha ressurgido com força total a partir da promulgação da Constituição Federal. De fato, a judicialização da saúde, dentre outros motivos, é decorrência da força normativa dos dispositivos constitucionais. Ademais, trata-se de fenômeno que demonstra os reais anseios da população, que deseja ver concretizado aquilo que está na Constituição como direito fundamental do cidadão. Rejeita-se, assim, as falsas promessas de um documento que já foi concebido como meramente político.

À guisa de conclusão do tópico, cita-se, novamente, Luís Roberto Barroso, o qual, com pena de ouro, arremata a questão:

---

57 BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 221

58 *Idem*.

59 *Ibidem*, p. 222.

60 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 222, nota de rodapé 4.

A doutrina da efetividade pode ser assim resumida: todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadora de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, por consequência, passa a ter papel ativo na concretização da Constituição<sup>61</sup>.

### 2.3.2. Crítica à limitação de eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais sociais

Uma das grandes questões envolvendo o tema dos direitos fundamentais sociais é: podem estes ser diretamente aplicáveis pelos operadores jurídicos, ou é necessário que haja um ato normativo, de natureza legal, que intermedie a sua aplicação?

Allan Weston esclarece que “a aplicação imediata dos direitos fundamentais implica a possibilidade dos julgadores extraírem da própria norma constitucional a solução para os conflitos que se apresentam”<sup>62</sup>. Assim, o que se pretende investigar é se é possível ao magistrado extrair diretamente do texto constitucional a norma jurídica que fundamentará a sua decisão, ou, se, ao contrário, é necessário que o juiz lastreie o fundamento de sua sentença com base, obrigatoriamente, na legislação infraconstitucional.

Há grandes doutrinadores, da estirpe de Casalta Nabais, que entendem pela inaplicabilidade direta dos preceitos relativos a direitos sociais, devendo haver uma lei que intermedie a sua aplicação:

Em primeiro lugar, os preceitos constitucionais relativos a estes direitos (sociais) são insusceptíveis de aplicação direta pelos operadores jurídicos. É que o seu conteúdo não decorre da Constituição, mas sim da lei: é ao legislador que incumbe concretizar, no quadro do que é possível (econômica e socialmente), o conteúdo dos direitos sociais. Estes valem, relativamente aos operadores jurídicos, como *direitos legais*, como direitos aplicáveis apenas *na medida da lei*. Os preceitos constitucionais que os consagram vinculam unicamente o legislador (...)<sup>63</sup>.

61 BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 222.

62 WANDERLEY, Allan Weston de Lima. Op. cit., p. 124.

63 CASALTA NABAIS, José. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra Editora: Coimbra, 2007, p. 71-72.

Contudo, fato é que a Constituição da República de 1988 é uma “Constituição Dirigente”, na esteira doutrinária de Canotilho, de sorte que mesmo as normas ditas programáticas são cogentes e aptas, portanto, a serem direta e imediatamente aplicáveis pelos operadores, tal como qualquer outra norma jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que

a Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos<sup>64</sup>.

E prossegue o mestre:

Além disso, a Constituição não é um mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A Constituição, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a Lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei da mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo o Direito. É a matriz última da validade de qualquer ato jurídico<sup>65</sup>.

De fato, só o fato de um determinado direito estar previsto na Constituição já o qualifica como essencial para a sociedade. Se, além disso, esse direito previsto na Lei Maior for qualificado como fundamental, então a sua relevância para aquela dada comunidade é extraordinária, de sorte que a sua efetividade não pode ficar à mercê de quem ocupe, em determinado momento, o parlamento.

Ademais, como afirma Barroso,

as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, são dotadas do atributo da *imperatividade*. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, alvitrar. Normas constitucionais, portanto, contêm comandos<sup>66</sup>.

Assim, “ocorrida a violação, o sistema constitucional e infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Estes meios são a ação e a jurisdição”<sup>67</sup>.

A tutela judicial deve ser ainda mais intensa quando forem violadas normas

64 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 11.

65 Ibidem, p. 12.

66 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 220.

67 Ibidem, p. 220-221.

relativas a direitos fundamentais. Com efeito, estes representam os valores mais caros à determinada sociedade e são conquistas históricas do povo.

Além disso, o próprio texto constitucional, em seu art. 5º, §1º, prevê que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Embora a redação do dispositivo constitucional seja deveras clara,

ainda assim há quem entenda que os direitos sociais são normas constitucionais programáticas, apresentando, portanto, eficácia limitada e aplicabilidade indireta, a depender de legislação infraconstitucional para regulamentar a vontade do Constituinte<sup>68</sup>.

Ora, os direitos fundamentais sociais petrificados na Lei Maior não podem ser meras declarações inócuas de valor. Muito pelo contrário: eles representam o substrato da democracia material-constitucional. Os seus preceitos vinculam, irremediavelmente, a atuação estatal. Como afirma Allan Weston,

os direitos sociais, como direitos fundamentais, não podem ser entendidos como simples promessas lançadas no texto constitucional, que dependem, para serem efetivadas, da vontade dos legisladores infraconstitucionais<sup>69</sup>.

O referido autor, de forma deveras perspicaz, faz o seguinte questionamento: "teriam os legisladores constituintes pensado em condicionar a aplicação de direito fundamental a uma futura – e incerta – regulamentação infraconstitucional?"<sup>70</sup>.

E prossegue, asseverando que

se os pretendidos direitos somente pudessem se efetivar quando da regulamentação infraconstitucional, sem dúvida nenhuma seria possível estar diante de uma inversão de autoridade, em que o poder constituído teria mais poderes do que o constituinte<sup>71</sup>.

E arremata o seu pensamento, com pena de ouro:

Não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas, sim, estas que devem girar em torno daqueles. Os direitos fundamentais, aqueles que se encontram inseridos e reconhecidos no texto constitucional como direitos subjetivos de aplicação imediata, possuem tamanha magnitude para a ordem constitucional que sua efetividade não pode ficar

---

68 WANDERLEY, Allan Weston de Lima. Op. cit., p. 59.

69 Ibidem, p. 55.

70 Ibidem, p. 60.

71 Idem.

na dependência de decisões políticas de representantes dos poderes Legislativo e Executivo<sup>72</sup>.

Assim, o julgador deve aplicar direta e imediatamente as normas extraídas do texto constitucional, mormente os preceitos relativos a direitos fundamentais sociais do homem. Com efeito, as suas disposições são também normas jurídicas, aptas, portanto, a emitir seus efeitos próprios, quais sejam: criar direitos subjetivos para seus titulares e, de outra monta, a correspondente contraprestação.

Barroso aclara a questão da seguinte forma:

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.<sup>73</sup>

Por fim, em seu voto na ADPF 45 o Ministro Celso de Mello afirmou que, não obstante se classifique, em âmbito doutrinário, as normas constitucionais que prevêm o direito à saúde como programáticas, elas ainda são normas jurídicas como quaisquer outras, dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos.

Assim, mesmo que o direito à saúde seja veiculado em normas ditas programáticas, tais como o art. 6º, 196, e demais dispositivos da Constituição que o asseguram, é possível que sejam deduzidas pretensões diretamente deles, pois todos os direitos fundamentais geram direitos públicos subjetivos, e com os direitos fundamentais sociais não poderia ser diferente.

---

72 Ibidem, p. 61.

73 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 221.

## 2.4. TEORIA DOS PRINCÍPIOS

### 2.4.1. Introdução

Proceder-se-á, neste momento, à análise da aplicação dos princípios e direitos fundamentais, tendo em vista ser a saúde um direito fundamental social e, como tal, passível de ponderação nos casos concretos, mormente quando houver colisão entre ela e outro direito fundamental, ou mesmo entre o direito à saúde e um princípio de envergadura constitucional.

Assim, para que se possa proceder à ponderação dos princípios ou direitos fundamentais de forma esmerada e ver qual deve prevalecer no caso concreto, mister analisar a teoria dos princípios e sua aplicação.

Ademais, à teoria dos princípios se articula uma teoria dos direitos fundamentais, estendendo-se, portanto, ao direito fundamental à saúde as afirmações a serem feitas.

Pois bem.

Anteriormente, os princípios eram vistos como fonte subsidiária da lei, sendo que só deveriam ser aplicados na falta desta, e sequer eram entendidos como norma jurídica. Agora, os princípios passaram para o centro do ordenamento jurídico. O Direito existe para realizar os grandes princípios constitucionais. Isto foge da tradição positivista, pois as normas dizem exatamente o que fazer, enquanto os princípios, em função de seu grau de abstração, necessitam de uma complementação por parte do intérprete.

Com efeito, as regras, com a sua objetividade, asseguram segurança jurídica, enquanto os princípios, com a sua plasticidade, permitem a constituição de justiça no caso concreto.

Nesse panorama de aplicação dos princípios e dos direitos fundamentais, deve se proceder à sua ponderação quando houver colisão entre eles, e ver qual deve prevalecer no caso concreto, pois abstratamente eles têm a mesma hierarquia. Assim, o papel do intérprete se acentua, devendo este construir argumentativamente

a solução mais adequada ao caso que se lhe apresenta. De fato, a ponderação delega ao intérprete parte do processo de criação da norma.

Resume-se, assim, aquilo que se verá, com detalhes, a seguir.

#### 2.4.2. Princípios, direitos fundamentais e sua aplicação

Conforme assevera Luís Roberto Barroso, “a teoria dos princípios, à qual se acha associada uma teoria dos direitos fundamentais, desenvolveu-se a partir dos estudos seminais de Ronald Dworkin, difundidos no Brasil ao final da década de 80 e ao longo dos anos 90 do século passado”<sup>74</sup>, sendo que Robert Alexy foi, na sequência, quem “ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito”<sup>75</sup>.

A principal contribuição da teoria reside na “atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios”<sup>76</sup>. Em relação a estes dois, há vários critérios que servem de base para diferenciá-los, sendo o principal o seu modo de aplicação<sup>77</sup>.

As regras se aplicam na modalidade *tudo ou nada*: “ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto”<sup>78</sup>. Há uma simples subsunção do fato à norma. Ocorrido o fato, há a irradiação de efeitos jurídicos.

Como é notório, os Códigos sempre privilegiaram as regras, em detrimento dos princípios. Portanto, não é de se estranhar que, “por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito”<sup>79</sup>. Essa espécie de raciocínio jurídico ainda é fundamental para o funcionamento do Direito, “mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais”<sup>80</sup>.

A atribuição de normatividade aos princípios fez com que fosse necessária a

---

74 Ibidem, p. 222.

75 Idem.

76 Ibidem, p. 223.

77 Idem.

78 Idem.

79 BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 333.

80 Idem.

formulação de um raciocínio diferenciado, que solucionasse os eventuais conflitos entre aqueles. Deveras, a subsunção era o método padrão para as regras, que se aplicam na modalidade *tudo ou nada*. Já os princípios “abrigam um direito fundamental, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais conflitos entre eles”<sup>81</sup>, sendo que “estes entrechoques podem ser de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais; b) colisão entre direitos fundamentais e c) colisão entre direitos fundamentais e outros princípios constitucionais”<sup>82</sup>.

Para resolver o atrito entre princípios, era necessário um raciocínio compatível com as características do conflito para o qual serve de supedâneo, pois nessas hipóteses “mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos”<sup>83</sup>, ou seja, “há várias premissas maiores e apenas uma menor”<sup>84</sup>.

Dessarte, desenvolveu-se um método de aplicação do Direito a que se convencionou chamar de ponderação, o qual “consiste em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”<sup>85</sup>. De fato, “como todas essas normas em rota de colisão têm a mesma hierarquia, não podem elas ser aplicadas na modalidade *tudo ou nada*, mas sim de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica”<sup>86</sup>, cabendo à “autoridade competente proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a subsunção do fato a uma regra determinada”<sup>87</sup>.

Assim o é com a saúde: por se tratar de direito fundamental social, sua eventual colisão com outro direito fundamental ou com princípios constitucionais deve ser solucionada mediante a ponderação.

---

81 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 224.

82 *Idem*.

83 BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 333.

84 *Idem*.

85 *Ibidem*, p. 334.

86 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 224.

87 *Idem*.

### 2.4.3. Ponderação

A ponderação “exige sopesamento de quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões)”<sup>88</sup>, sendo que os critérios a serem utilizados nesse processo não são específicos. Para Humberto Ávila, no entanto, é necessário dotar a ponderação de etapas bem definidas para que o referido processo seja minimamente estruturado e válido.

O primeiro passo seria a preparação da ponderação, em que deve ser delimitado o objeto de sopesamento, assim como deve proceder-se à análise de “todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível”<sup>89</sup>.

Após, deve ser realizada, efetivamente, a realização da ponderação, “em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento. No caso da ponderação de princípios, essa deve indicar a relação de primazia entre um e outro”<sup>90</sup>.

Por derradeiro, deve ser feita a reconstrução da ponderação, em que há a “formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso”<sup>91</sup>.

Como adverte Ávila, “vários podem ser os critérios de ponderação. Especial atenção deve ser dada aos princípios constitucionais e às regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles”<sup>92</sup>.

A doutrina tem se esforçado em desenvolver elementos que forneçam segurança a esse processo intrinsecamente “aberto” que é a ponderação, de modo que “as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade”<sup>93</sup>, visto que, exatamente por se tratar de um processo “aberto”, pode o mesmo se revestir de arbitrariedade judicial.

Para tanto, o intérprete sempre deve reconduzir as decisões produzidas mediante ponderação “ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que

---

88 ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 142.

89 Ibidem, p. 144.

90 Idem.

91 Ibidem, p. 145.

92 Idem.

93 BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 337.

lhe sirva de fundamento”<sup>94</sup>, e tem ele de “utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade”<sup>95</sup> e, por fim, deve o intérprete “produzir (...) a concordância prática dos enunciados em disputa”<sup>96</sup>.

De fato, com a instituição de um processo próprio, aprioristicamente definido, a ponderação não se torna um modo arbitrário de se decidir, sem fundamentação, complexas questões que envolvam princípios e direitos fundamentais estruturantes do ordenamento jurídico brasileiro.

O juiz decide de acordo com a sua consciência, contanto que esta esteja em plena simetria com o direito posto. A demonstração de que o magistrado conhece a causa, fundamentando hermeticamente a sua decisão, é princípio estruturante do Estado de Direito, no qual é necessário a explicitação das premissas utilizadas para se decidir de um determinado modo, conforme expressa previsão constitucional (art. 93, IX, CF).

Ademais, o ônus argumentativo que cabe ao magistrado se potencializa ao ter que ponderar direitos fundamentais e princípios em conflito. Com efeito, a decisão judicial, especialmente nesses casos, se torna objeto de controle mais efetivo na medida em que haja uma maior explicitação das premissas utilizadas como base da decisão. Em outras palavras, quanto mais claro e melhor estruturado o conjunto argumentativo exposto na decisão, mais facilidade terão as partes para controlá-la e impugná-la em eventual instância recursal.

Assim, a resolução de eventuais colisões, no caso concreto, entre o direito à saúde e outros princípios e direitos fundamentais, deve ser realizada mediante a ponderação. Ademais, deve haver a demonstração judicial de que foram levados em conta todos os elementos para que se decida, *in casu*, de determinado modo.

---

94 Idem.

95 Idem.

96 Idem.

#### 2.4.4. Intensidade do controle dos outros poderes pelo Poder Judiciário

Em relação à intensidade do controle pelo Poder Judiciário sobre os atos dos Poderes Executivo e Legislativo, Humberto Ávila assevera que “o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio democrático deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, especialmente porque restringe direitos fundamentais”<sup>97</sup>.

Assim, quando um ato dos exercentes de funções políticas restringir direito fundamental deve o magistrado, quando provocado para tanto, intervir. Isso porque o Poder Judiciário tem a precípua função de “avaliar a avaliação”<sup>98</sup> dos outros poderes, cabendo a ele

verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência<sup>99</sup>.

Dessa forma, quando o cidadão se ver tolhido de seu direito à saúde, legitimada está a atuação do Poder Judiciário para restabelecer a plenitude do direito fundamental social restringido, se for este o caso.

Por fim, Ávila afirma que “o princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais”<sup>100</sup>, e conclui asseverando que “os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada”<sup>101</sup>.

---

97 ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p. 174.

98 Idem.

99 Ibidem, p. 175.

100 Idem.

101 Idem.

## CAPÍTULO III: JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

### 3.1. INTRODUÇÃO

Antes de adentrar, em específico, no tema da judicialização da saúde, mister examinar, primeiramente, o que é a judicialização em si e suas causas.

A judicialização é o fenômeno através do qual há o traslado de poder das instâncias políticas tradicionais, Poder Legislativo e Executivo, para o Judiciário, que passa a ter uma posição de protagonismo na solução de questões políticas, sociais, econômicas, dentre outras<sup>102</sup>.

Uma das principais causas da judicialização é a existência de uma Constituição analítica, que trata de muitos temas com algum grau de detalhe. Com efeito, constitucionalizar é permitir a judicialização, pois é tirar uma matéria do debate político e transformá-la em uma norma constitucional, fundamento de formulação de pretensões perante o Poder Judiciário<sup>103</sup>.

Um segundo motivo é a conquista de efetividade pelas normas constitucionais. Como já dito na presente monografia, antes a Constituição era concebida como um documento meramente político e que não gozava de aplicabilidade direta e imediata, dependendo da intermediação do legislador. Hoje, ao contrário, o julgador, quando visualizar situação na qual incida norma constitucional, deve aplicá-la direta e imediatamente.

Por fim, a expansão da jurisdição constitucional também pode ser citada como causa de judicialização das políticas públicas. Nesse contexto, os magistrados tem papel de protagonismo na concretização da Constituição, bem como dos direitos fundamentais, pois a centralidade é da Lei Maior e quem lhe interpreta por excelência é o Poder Judiciário.

Prosseguindo.

O controle judicial das políticas públicas tem ampla “admissão em

---

102 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.**

Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30/07/2012, p. 3.

103 Idem.

determinadas circunstâncias e sob determinadas condições”<sup>104</sup>. Alexandre Gavronski afirma que a judicialização deve ser

visualizada como decorrência da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário contra possível lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF) e da amplitude da legislação em uma sociedade complexa dirigida por um Estado destinado constitucionalmente a atuar pela redução das desigualdades sociais por meio da implementação de políticas públicas<sup>105</sup>.

De fato, “não admitir a justiciabilidade de políticas públicas equivaleria a negar proteção jurisdicional a esses direitos”<sup>106</sup>. Assim, em situações nas quais o Poder Público negue ao cidadão um medicamento ou tratamento médico, “é impossível pretender a correção da falta sem discutir a política pública de saúde”<sup>107</sup>.

Assim, a judicialização é uma garantia do cidadão, o qual, vendo-se afrontado pela negativa do gestor público em lhe oferecer determinada prestação, tem o direito de acionar o Poder Judiciário para que este, confrontando-se com o caso concreto, decida pela legalidade ou não do ato denegatório.

Ademais, é decorrência inafastável da garantia insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição, cuja redação nunca é demais repetir: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Com efeito, é

próprio de qualquer sistema que garanta amplo e facilitado acesso à justiça – como faz o brasileiro – que o Poder Judiciário sirva de abrigo e canal de manifestação para pleitos dos grupos excluídos do processo político e econômico<sup>108</sup>.

O fenômeno da “suplência” do Poder Judiciário nada mais é do que uma “consequência do descompasso entre nossa legislação e a realidade social, típica característica da modernidade brasileira”<sup>109</sup>.

Ora, se o cidadão tivesse a sua prestação prontamente satisfeita pelo Poder Público, o Judiciário não seria acionado. Outrossim, no Brasil esse fenômeno se

104 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 219.

105 Ibidem, p. 219-220.

106 Ibidem, p. 220.

107 Idem.

108 Ibidem, p. 222.

109 Ibidem, p. 223.

agrava, tendo em vista a crônica desigualdade social e a vigência de uma “legislação distanciada da realidade e da efetiva capacidade do Estado de cumprir com as promessas que transformava em lei”<sup>110</sup>, de sorte que é uma “decorrência natural, como resultado dessa conjunção de fatores, uma crescente demanda ao Poder Judiciário para que o mesmo assegure efetividade aos direitos e interesses positivados”<sup>111</sup>.

Dessarte, a judicialização das políticas públicas é fenômeno que decorre diretamente do sistema de *checks and balances*. Com efeito, entendendo-se haver prática ilegal por parte de um poder da República, assegura-se a possibilidade de se recorrer a outro poder, a fim de que este corrija o ato contrário à lei praticado por aquele.

Pois bem. Passa-se, agora, à análise da judicialização da saúde.

Conceitua-se a judicialização da saúde como a busca “do Poder Judiciário pelos cidadãos para exigir do Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos com fundamento no artigo 196 da Constituição Federal”<sup>112</sup>.

A atuação do Poder Judiciário nas demandas envolvendo a saúde é, provavelmente, “o tipo de ação estatal mais polêmico”<sup>113</sup> no que tange ao controle jurisdicional de políticas públicas. As suas decisões são, em sua maioria, “ligadas a demandas individuais por prestações ou bens essenciais à saúde perante o sistema público”<sup>114</sup>.

A entrega de medicamentos é uma das maiores causas da judicialização da saúde. Allan Weston afirma que há, basicamente, três hipóteses nas quais há o ajuizamento de demandas envolvendo esse tipo específico de prestação:

As inúmeras situações envolvendo fornecimento de medicamentos pelo SUS estão sempre embasadas em uma das três premissas bases: 1º - inexecução da política pública existente; 2º - inadequação da política pública existente; 3º - ausência ou indefinição de política pública específica<sup>115</sup>.

---

110 Idem.

111 Idem.

112 WANG, Daniel Wei Liang. **A escassez de recursos como limitação para concretização de direitos (Comentários a acórdão do STJ)**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 239-254, out./dez. 2007, p. 239.

113 MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Op. cit., p. 215.

114 Idem.

115 WANDERLEY, Allan Weston de Lima. Op. cit., p. 102.

E prossegue o autor:

Como resultado prático da inobservância de pelo menos uma dessas premissas – inexecução, inadequação ou indefinição de política pública – tem-se incontáveis processos judiciais que pleiteiam o fornecimento de medicamentos. É a denominada judicialização da saúde<sup>116</sup>.

Para se ter uma ideia da relevância desse fenômeno, “no período compreendido entre 2003 e 2009, a União respondeu a 5.323 processos judiciais relacionados ao fornecimento de medicamentos, implicando um gasto de aproximadamente R\$ 160 milhões”<sup>117</sup>. De fato, “é nesse grupo de medicamentos de dispensação excepcional (...) que encontra-se a fonte principal dos inúmeros litígios que buscam decisões judiciais”<sup>118</sup>.

Contudo, qualquer litígio que envolva a discussão judicial de uma política pública de saúde está imerso no tema da judicialização da saúde. Cita-se, exemplificadamente, causas cujo objeto seja a prestação de: tratamentos médicos realizados no Brasil ou mesmo no exterior que não sejam garantidos, de forma gratuita, pelo SUS; tratamentos médicos análogos aos garantidos gratuitamente pelo SUS, mas que sejam mais avançados que estes e não sejam disponibilizados gratuitamente; custeamento de UTI em hospital privado, quando ausentes ou indisponíveis leitos de terapia intensiva em hospitais públicos.

Este fenômeno tem recebido crescentes contribuições doutrinárias devido ao fato de que

a atuação do Poder Judiciário na proteção do direito à saúde possui consequências econômicas bastante relevantes e que os juízes estão decidindo a forma como parcela significativa dos recursos públicos da saúde está sendo alocada e para quem<sup>119</sup>.

De igual forma, discute-se se é possível que membros do Poder Judiciário defiram pretensões baseadas na violação ou inexecução de políticas públicas, cuja competência de formulação é, por excelência, dos exercentes de funções políticas, integrantes do Poder Executivo e Legislativo.

---

116 Idem.

117 Idem.

118 Ibidem, p. 96-97.

119 WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit., p. 240.

Passa-se, agora, à análise críticas dos argumentos opostos à judicialização da saúde, para, então, analisar qual deve ser o papel do Poder Judiciário na atualidade, mormente quando provocado a controlar a execução de políticas públicas relativas ao direito à saúde.

### 3.2. ANÁLISE SOBRE AS PRINCIPAIS CRÍTICAS OPOSTAS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

#### 3.2.1. Teoria da reserva do possível

Dentre os argumentos elencados em desfavor da judicialização da saúde, o da teoria da reserva do possível é um dos mais recorrentes. Esta teoria foi concebida, originalmente, em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão, no paradigmático caso *Numerus Clausus* (BverfGE n.º33, S333)<sup>120</sup>.

Fernando Mânica, a respeito da teoria supra, assevera o seguinte:

Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão<sup>121</sup>.

Esta posição é corroborada por Ingo Sarlet, para quem o Tribunal Constitucional alemão decidiu no sentido de que

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável<sup>122</sup>.

---

120 MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. Disponível em: <[http://advcom.com.br/artigos/pdf/artigo\\_reserva\\_do\\_possivel\\_com\\_referencia\\_.pdf](http://advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf)>. Acesso em: 02/08/2012, p. 12.

121 Ibidem, p. 13.

122 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 282-283.

Assim, a teoria da reserva do possível,

tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação<sup>123</sup>.

Contudo, não é esta a interpretação que se faz desta teoria no Brasil. Mânica o atesta nos seguintes termos:

A transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa<sup>124</sup>.

Com efeito, como bem observa Allan Weston:

A teoria da reserva do possível, teoria surgida no direito alemão, é a tese de defesa usualmente utilizada pelo Estado nos inúmeros processos que tramitam na justiça brasileira (...) e está retratada no ordenamento jurídico brasileiro (Decreto n. 678/92) com outro enfoque, diferentemente do ocorrido na Alemanha, já que aqui os doutrinadores a denominam 'reserva do financeiramente possível', com vista a limitar a eficácia do direito à saúde por parte do Estado, diante da escassez de recursos públicos<sup>125</sup>.

Dessarte, houve a mutação de uma teoria, concebida em um determinado contexto, em outra, ciferente da original. Contudo, conservou-se a denominação daquela, e este é o fato determinante dos desentendimentos, pois no Brasil, como demonstrado, a teoria da reserva do possível tem uma concepção distinta da que tem na Alemanha.

Essa "nacionalização" da teoria ocorreu, dentre outros motivos, com o fim de se adaptar a cláusula da reserva do possível aos interesses dos gestores públicos, dentre os quais se destaca a limitação da eficácia dos direitos fundamentais sociais, sob o pretenso argumento de que não há recursos suficientes para atender a todas as necessidades.

Contudo, num país marcado pela falta de assistência médica à população, a concepção "nacionalizada" da teoria da reserva do possível não pode prevalecer.

---

123 MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 13.

124 Idem.

125 WANDERLEY, Allan Weston de Lima. Op. cit., p. 3.

Dirley da Cunha Júnior, em passagem lapidar, assevera que:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontraram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim, é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades públicas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o de condições mínimas de existência<sup>126</sup>.

Portanto, é de difícil aceitação o argumento de que não há recursos suficientes para atender a todas as necessidades humanas, mormente quando considerada a realidade social e política pátria. De fato, a notória desídia do gestor público brasileiro em administrar os recursos que lhe são confiados causa revolta e perplexidade. Dessa forma, resta inaceitável que, num país em que a desigualdade aflora de forma tão perversa, se permita a utilização de uma teoria concebida no bojo de uma sociedade desenvolvida e que, além do mais, se adapte aos interesses dos gestores públicos, alinhando-a aos interesses públicos secundários.

Ora, é imperioso o respeito à dignidade da pessoa humana, mesmo que isso só seja possível por meio de intervenção judicial nos casos concretos.

Ademais, não se questiona o fato de não haver recursos financeiros para fazer frente a todas as necessidades humanas. Isso é um princípio basilar da Economia: as necessidades são infinitamente superiores aos recursos para atendê-las. Contudo, a saúde, como já amplamente defendido nesta monografia, é um direito excepcional e que, portanto, carece de uma tutela diferenciada e efetiva,

---

126 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 309-310.

mormente por estar intrinsecamente ligada ao direito à vida.

Assim, a reserva do possível deve ser aplicada com muito precaução, pois, se seguirmos à risca a teoria, “basta à Procuradoria juntar aos autos os balanços e demonstrações financeiras do governo, mostrando déficit, para que o Judiciário deixe de o condenar”<sup>127</sup>.

Fernando Mânica aponta a visão jurisprudencial acerca da teoria da reserva do possível:

Atualmente, especialmente em decorrência de posicionamento forte da jurisprudência, a teoria da reserva do financeiramente possível tem sido afastada como panacéia apta a afastar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado. É que as decisões têm exigido não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária<sup>128</sup>.

E complementa:

A reserva do possível traduzida como insuficiência de recursos, também denominada reserva do financeiramente possível, portanto, tem aptidão de afastar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais apenas na hipótese de comprovação de ausência de recursos orçamentários suficientes para tanto<sup>129</sup>.

Não é por outro motivo que esta teoria não é das mais aceitas pelo Poder Judiciário brasileiro, mormente os Tribunais Superiores. Deveras, o próprio “Supremo Tribunal Federal tende a ignorar questões relativas à (...) reserva do possível ou considerá-las (...) de menor relevância quando do julgamento de ações individuais que pedem medicamentos e tratamento médicos”<sup>130</sup>.

Cita-se, a título de exemplo, a ADPF 45, na qual restou decidido que a teoria da reserva do possível não é óbice à concretização do direito à saúde, e que cabe à esfera de governo demandada o ônus de provar que não tem condições objetivas de custear com a prestação pleiteada.

Portanto, a única forma aceitável de se conceber a teoria da reserva do possível é nos seus moldes originais, encarando-a sob o prisma da ponderação de bens nos casos concretos. Assim o atesta Mânica:

---

127 CASTRO, José Augusto Dias de. Op. cit., p. 152.

128 MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 14.

129 Ibidem, p. 15.

130 WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit., p. 242.

A teoria da reserva do possível, tal qual adotada na decisão paradigma do *Numerus Clausus*, deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade da reivindicação de efetivação de determinado direito social. Isso significa que pretensões deduzidas perante o Poder Judiciário deverão ser analisadas mediante a ponderação de bens, com base no critério da proporcionalidade<sup>131</sup>.

E finaliza o autor supra, arrematando com pena de ouro a questão:

Em última análise, a aplicação da teoria da reserva do possível implica reconhecer, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais. Isso significa que a inexistência efetiva de recursos e ausência de previsão orçamentária são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão judicial deve tomar forma. Assim, o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens. Além disso, deve participar do processo de ponderação a natureza de providência judicial almejada, em especial no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado. Por fim, outros elementos devem participar do processo de ponderação, como o grau de essencialidade do direito fundamental em questão, as condições pessoais e financeiras dos envolvidos e eficácia da providência judicial almejada<sup>132</sup>.

### 3.2.2. Princípio da separação dos poderes

Alega-se que, ao decidir questões relacionadas à saúde, estaria o julgador exercendo uma função que lhe é defeso desempenhar. Aventa-se que as decisões de alocação de recursos são essencialmente políticas, de sorte que somente os órgãos formados por exercentes de funções políticas, eleitos pelo povo, poderiam decidir sobre a distribuição dos recursos relacionados à saúde.

Assim, as decisões judiciais que condenam o Estado a arcar com os custos de determinado medicamento ou tratamento médico seriam, supostamente,

---

131 MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 16.

132 Ibidem, p. 17-18.

prolatadas por agentes públicos (magistrados) que não seriam competentes para tanto, de sorte que haveria, nesses casos, uma violação ao princípio da separação dos poderes.

Dessarte, mister analisar o referido princípio, tendo em mira, principalmente, a sua contextualização.

Desde Locke e Montesquieu, a preocupação com a separação do poder estatal, originalmente uno, em instâncias desconcentradas, é uma constante. Não há e nunca houve opositores de monta (ao menos nas democracias modernas) a este princípio, concebido para fragmentar o poder estatal, com vistas a que o próprio Estado se autocontenha.

Contudo, os tempos mudaram e a adoção da concepção absoluta desse princípio não é a mais adequada. Com efeito,

o paradigma da separação dos poderes, pelo menos em sua configuração inicial, entrou em crise há muito tempo e isso aconteceu, precisamente, porque foi ultrapassada a conjuntura jurídico-política em que viveram Locke e Montesquieu, os seus mais conhecidos formuladores<sup>133</sup>.

Precisamente, “pode-se dizer que a experiência do absolutismo e a desconfiança nos magistrados do rei foram as causas determinantes da dogmatização ou do endurecimento do princípio da separação dos poderes”<sup>134</sup>. De fato, após as Revoluções liberais do século XVIII, houve uma ascensão institucional do parlamento, formado por representantes do povo, em detrimento do Poder Executivo e Judiciário.

Esse fenômeno é plenamente compreensível tendo em vista a conjuntura política da época. No regime absolutista, os juízes aplicavam mecanicamente a lei do rei, a qual era posta por uma única pessoa: o próprio monarca.

Após as Revoluções liberais, pretendeu-se dar o poder a quem de direito: o povo. Era necessário “superar todo o regime político e social do Antigo Regime”<sup>135</sup>. Dessarte, não é de se espantar que o período pós-revolucionário tenha assistido à primazia do Legislativo, o qual era composto por representantes do povo. Tratava-se, efetivamente, de uma “visão radical da soberania popular”<sup>136</sup>.

133 MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. Op. cit., p. 118.

134 Idem.

135 Ibidem, p. 220.

136 Idem.

De outra monta, pairava a desconfiança (natural, diga-se de passagem) no chefe do Executivo e naqueles que aplicavam a lei, os juízes. Neste quadro sociopolítico de “suspeição institucionalizada”, estes exerciam uma função bem demarcada: reproduzir, fielmente, a lei posta pelo legislador. Tratava-se de um juízo, essencialmente mecânico, de subsunção do fato à norma. Não havia espaço para elucubrações interpretativas: a suspeita que pairava sobre as suas togas não o permitia.

Desse modo, o juiz era um mero aplicador da lei, e a função jurisdicional se limitava a ser a voz do parlamento. Este, ao contrário, tinha amplos poderes para confeccionar seus atos próprios, as leis, as quais gozavam de legitimidade absoluta. Com efeito, “sendo a expressão do povo soberano, o parlamento não poderia ser limitado por nenhuma regra, nem mesmo pela Constituição”<sup>137</sup>.

Posto esse panorama histórico, não é de se espantar que ainda haja resquícios de idolatria cega pela lei em nossos tempos. Contudo, como já aventado, vivemos em um outro contexto. Não mais persiste a veneração pelo Legislativo, tampouco a exacerbada desconfiança que pairava sobre o chefe do Executivo. De igual monta, os integrantes do Poder Judiciário não são mais os magistrados do rei. O que há, atualmente, são juízes de uma ordem democrática, responsáveis, precipuamente, por garantir o respeito à Constituição, assegurando máxima eficácia aos direitos fundamentais nela previstos.

Allan Weston contextualiza o princípio da separação dos poderes nos seguintes termos:

A disposição expressa na norma constitucional (art. 2º) não deve ser entendida sob o enfoque das revoluções liberais, mas, sim, dentro de um contexto em que as relações sociais, repletas de conflitos, reclamam a pronta intervenção de um poder sobre o outro, sempre que ocorrerem desvios na sua atuação, ou seja, não se está diante de um princípio absoluto<sup>138</sup>.

Cuida-se, efetivamente, de uma visão contemporânea em relação à atuação judicial, pois “o sentido jurídico, sendo externo às normas (...) exige a criatividade do intérprete para se revelar completamente”<sup>139</sup>, e a maximização dos efeitos dos

---

137 Idem.

138 WANDERLEY, Allan Weston de Lima. Op. cit., p. 132-133.

139 MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. Op. cit., p. 118.

preceitos constitucionais, mormente os que definem direitos fundamentais, é imperiosa.

De fato, a teoria da separação dos poderes foi concebida, dentre outros motivos, para que um poder possa corrigir a atuação de outro. Ademais, a separação dos poderes está a serviço dos direitos fundamentais, e não o contrário. Assim o atesta Allan Weston:

É no contexto de freios e contrapesos que resta evidenciada a função do Poder Judiciário em controlar o respeito às leis, principalmente as normas constitucionais cogentes, exigindo do Estado a adoção das medidas necessárias para a efetivação de políticas públicas que visem a garantir direitos fundamentais. E isso não causa nenhum desequilíbrio na balança dos poderes, mas, sim, contrabalança eventuais discrepâncias que comprometam a dignidade do brasileiro enquanto sujeito de direitos<sup>140</sup>.

É neste sentido que, contemporaneamente, deve ser entendida a separação dos poderes. Deveras,

cumpre repensar o paradigma da separação dos poderes em perspectiva temporalmente adequada, porque a sua sobrevivência, como princípio, dependerá da sua adequação, como prática, às exigências da sociedade aberta dos formuladores, intérpretes e realizadores da Constituição<sup>141</sup>.

De fato, o juiz não pode mais desempenhar o papel de subserviência que lhe cabia no período logo após as Revoluções liberais. Suas atuais funções institucionais são outras. Tem ele uma função criativa, e não meramente reprodutiva. É ele, complementarmente ao legislador, um criador da norma jurídica, e sua tarefa precípua é a de garantir máxima eficácia aos preceitos constitucionais, mormente os definidores de direitos fundamentais.

Ademais, o direito à saúde está expressamente previsto na Constituição Federal. Esta foi elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte que, por sua vez, foi eleita pelo povo. Assim, o ato soberano de democracia, exercido pelo povo ao escolher aqueles que elaborariam o Texto Magno, também é digno de tutela. Dessarte, a ação do Poder Judiciário está legitimada pelo próprio povo, que, ao elaborar, por meio de seus representantes, a Lei Maior, o incumbiu de resguardá-la, corrigindo os atos que atentem contra as suas disposições.

---

140 WANDERLEY, Allan Weston de Lima. Op. cit., p. 126.

141 MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. Op. cit., p. 118.

A esse respeito, Barroso faz o seguinte questionamento:

podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo -, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas?<sup>142</sup>.

Responde afirmativamente o constitucionalista, desde que

(...) o Judiciário esteja atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador<sup>143</sup>.

Em situações tais, o Judiciário não está criando direito, mas simplesmente aplicando aquele que foi posto em vigência por meio do processo político majoritário.

Dessarte, não se sustenta a alegação de que os juízes, ao decidirem criativamente, dando eficácia à Constituição, estejam se substituindo ao legislador, pois “sem a participação vivificadora dos seus intérpretes/aplicadores as leis permaneceriam textos frios e inacabados”<sup>144</sup>. E assim o é, pois a lei só se torna norma no momento em que é aplicada, havendo quem sustente que o “legislador não é o autor material da lei, por virtude de cuja autoridade ela foi promulgada, mas aquele por cuja autoridade ela continua em vigor”<sup>145</sup>.

Para finalizar, a lição sempre abalizada de Inocêncio Mártires Coelho que, ao tratar do princípio da separação dos poderes, arremata com pena de ouro:

Noutras palavras, impõe-se re-interpretar esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado constitucional, que sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Poder Judiciário, sobretudo nas modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais<sup>146</sup>.

---

142 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 227.

143 Idem.

144 MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. Op. cit., p. 116.

145 Ibidem, p. 117.

146 Ibidem, p. 119.

### 3.2.3. Demais argumentos desfavoráveis à judicialização da saúde

Embora as principais críticas opostas à judicialização da saúde sejam a suposta violação à separação dos poderes e à teoria da reserva do possível, há outros argumentos aduzidos em desfavor do controle judicial de políticas públicas relativas à saúde.

Aventa-se uma suposta ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para decidir sobre questões atinentes à alocação de recursos na área da saúde, pois tal tarefa seria afeita àqueles que são legitimados pelo voto, quais sejam: o legislador e o administrador público.

Assim, há aqueles que sustentam ser inconcebível “retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de se decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos”<sup>147</sup>, pois “é o próprio povo – quem paga os impostos - quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos”<sup>148</sup>.

Dessarte, aduz-se que em tais casos o Judiciário só deveria se pronunciar para garantir os direitos fundamentais e as regras do procedimento democrático. Fora destas duas situações, o julgador deve respeitar as escolhas políticas feitas pelo legislador e as escolhas do administrador público no exercício de discricionariedade administrativa.

Contudo, a responsabilidade do juiz é de natureza constitucional. De fato, é a Lei Maior que institui a competência do Poder Judiciário em apreciar situações nas quais se verifique lesão ou ameaça a direito. Ora, se essa violação atingir um direito fundamental do demandante, como a saúde, a atuação do magistrado está mais do que legitimada. Além do mais, a saúde não é só um direito fundamental, mas um fundamento da própria vida.

Ademais, a Constituição é feita pelo povo, por meio de seus representantes. O povo é quem, em última análise, conferiu ao Poder Judiciário a prerrogativa de conhecer atos, de qualquer natureza, que atentem contra a incolumidade do ser humano, reformando-os se necessário.

Por fim, a legitimidade democrática da jurisdição se realiza, primacialmente,

---

147 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 241.

148 Idem.

pela fundamentação jurídica, conforme o art. 93, IX, da Constituição Federal. É na argumentação que a decisão judicial se legitima democraticamente, pois apenas as decisões que se respaldam em princípios e regras de natureza constitucional ou legal são, de fato, válidas.

Deveras, o administrador público e o legislador se legitimam pelo voto, enquanto o juiz se legitima pela fundamentação de sua decisão. Assim, o suposto déficit democrático foi suprido pela Constituição e pelos juízes que a aplicam, dando concretude às normas constitucionais.

Outra crítica alegada é a pretensa falta de técnica dos juízes para decidirem questões da saúde, havendo, supostamente, “a substituição de decisões técnicas por decisões superficiais”<sup>149</sup>, pois “as decisões judiciais que se impõem ao Estado não seriam formuladas com base em conhecimentos especializados, senão apenas a partir de uma visão externa e grosseira das políticas públicas pelos juízes”<sup>150</sup>.

Contudo, esse argumento se mostra frágil na medida em que “nem sempre o Estado exerce suas competências técnicas da melhor maneira”<sup>151</sup>. De fato, “os Poderes Legislativo e Executivo brasileiros estão bastante aquém do que deles se espera em matéria de atendimento das necessidades coletivas e sociais”<sup>152</sup>, para dizer o mínimo.

Outrossim, negligencia-se que os juízes têm, em tese, mais preparo técnico e aporte cultural do que políticos. De fato, “muitas vezes uma boa instrução judicial permite que o Judiciário supere, em muito, a qualidade técnica de decisões governamentais”<sup>153</sup>.

O seguinte argumento desfavorável à judicialização da saúde é o de que ela privilegia a microjustiça em desfavor da macrojustiça, pois “o Judiciário muitas vezes autoriza demandas dos cidadãos perante o sistema estatal de saúde sem considerar a globalidade de políticas públicas existentes”<sup>154</sup>. Assim, “ao buscar a justiça no caso concreto (microjustiça), o Judiciário afeta o que se chama de macrojustiça”<sup>155</sup>.

Tratar-se-ia, assim, de um “problema de desenho institucional”<sup>156</sup>, pois

149 MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Op. cit., p. 223.

150 Idem.

151 Idem.

152 Ibidem, p. 222.

153 Ibidem, p. 223-224.

154 Ibidem, p. 223.

155 Idem.

156 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 240.

pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas<sup>157</sup>.

Aduz-se que “o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”<sup>158</sup>, de sorte que o Legislativo e o Executivo possuiriam condições mais favoráveis do que o Judiciário para a alocação de recursos na área da saúde em função de sua própria estrutura.

Entretanto, negligencia-se que a Lei Maior não privilegiou um determinado modelo de justiça. A Constituição almeja, primordialmente, a realização de justiça social e a tutela dos direitos fundamentais. E tal objetivo só pode ser alcançado por meio da atuação equilibrada dos julgadores, pois, de fato, o papel do juiz não é o de distribuir medicamentos e tratamentos médicos, mas o de corrigir os atos que atentem contra a concretização do direito à saúde das pessoas. Assim, o magistrado não pode se investir na função do exercente de função política, mas analisar as negativas de deferimento de prestações, por parte do Poder Público, à luz da Constituição e da lei.

Outra crítica oposta à jurisprudência brasileira é o fato de que o direito à saúde, nos termos postos pela Constituição, foi positivado como norma de eficácia limitada, de modo que se faz imprescindível a intermediação legislativa para a plena eficácia do que fora previsto pela Lei Maior. Assim, o “modo de positivação do artigo 196”<sup>159</sup> não permitiria a sua imediata aplicabilidade pelo Judiciário, pois tal norma careceria de um ato de intermediação, de natureza legal, para ser aplicável.

Entretanto, fato é que o artigo 196 da Constituição contém uma norma constitucional, a qual, por ser norma jurídica, é dotada de eficácia. Sobre o tema da eficácia das normas constitucionais já se teceu suficientes considerações no item 2.3., de sorte que não convém repetir aquilo que já se encontra previamente exposto.

Argumenta-se, também, que a não previsão de determinados medicamentos nas listas oficiais vedaria a sua judicialização.

---

157 Idem.

158 Ibidem, p. 245-246.

159 Ibidem, p. 240.

Contudo, há um problema em relação às listas: é comum que não ocorra a sua revisão periódica. Tal fato acaba ocasionando a prestação estatal inadequada nesta seara, tendo em vista a rapidez e dinâmica do setor de medicamentos.

Assim, a atenção à saúde da população fica comprometida em virtude da mora do gestor público em rever as relações de medicamentos fornecidos gratuitamente, o que gera a busca, por parte dos particulares, do Poder Judiciário, que se vê inflacionado com várias demandas que, não fosse a desídia daqueles que revisam as listas, não precisariam ser ajuizadas.

Além disso, mesmo que o medicamento não esteja previsto na listagem oficial, ele pode ser essencial para a manutenção da vida de quem dele necessita, de sorte que o Judiciário não pode deixar de apreciar a demanda.

Por fim, aduz-se que a judicialização acarretaria a "desorganização da Administração Pública"<sup>160</sup> e retiraria a capacidade dos administradores públicos de se planejarem. A respeito, Barroso assevera que "as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública"<sup>161</sup>, pois

quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável<sup>162</sup>.

No fim, "tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar"<sup>163</sup>.

No entanto, faz-se, a título de reflexão, o seguinte questionamento: o que é mais valioso, a vida de um ser humano ou a capacidade de planejamento do administrador público?

---

160 Ibidem, p. 243.

161 Idem.

162 Idem.

163 Idem.

### 3.3. O PODER JUDICIÁRIO E O SEU PAPEL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Houve tempos, não muito distantes, em que os juízes apresentavam uma certa relutância no que tange à apreciação de demandas relacionadas a políticas públicas sanitárias. Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Telles Nunes afirmam que “o Judiciário brasileiro apresentava inicialmente uma postura bastante tímida e conservadora em relação às políticas públicas do setor”<sup>164</sup>, visto que “compreendia as normas constitucionais que tratam do direito à saúde principalmente como normas programáticas”<sup>165</sup>. Assim, os magistrados mantinham uma posição de neutralidade em relação à realidade social brasileira, pois, de fato, “o Poder Judiciário foi mantido durante muito tempo em verdadeira 'situação de estufa' das questões sociais, manietado que estava pelo patrulhamento totalitarista”<sup>166</sup>.

Após algum tempo, e com o advento da Constituição Federal de 1988, a visão acerca dos limites da atuação judicial mudou, e “muitos segmentos do Judiciário alteraram radicalmente suas posições e passaram, de modo crescente, a impor ao Estado, nas mais diferentes esferas, as maneiras como este deveria concretizar a saúde”<sup>167</sup>. Assim, nos dizeres dos autores supra, “de uma posição de distanciamento e neutralidade, passou-se para o extremo ativismo”<sup>168</sup>.

Contudo, discorda-se da terminologia utilizada pelos autores. Não é que os os membros do Poder Judiciário estejam sendo extremamente ativistas. É que o seu papel na atualidade, é, de fato, outro.

O dito "ativismo judicial" é, na verdade, uma atitude, um modo pró-ativo e expansivo de interpretar a Constituição, permitindo uma atuação mais ampla do Judiciário, ocupando espaços que foram deixados vazios ou ocupados de maneira insuficiente pelos outros poderes, com a conseqüente correção das condutas que não foram praticadas de acordo com o Direito e a reintegração dos direitos violados

164 MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Op. cit., p. 220-221.

165 MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Op. cit., p. 221.

166 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville). Ação Civil Pública nº 038.04.003.149-4. Disponível em: <[http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj\\_site/docs/SAUDEMENTAL/ECA+E+ATENDIMENTO+ESPECIALIZADO+SA%DADE.HTM](http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj_site/docs/SAUDEMENTAL/ECA+E+ATENDIMENTO+ESPECIALIZADO+SA%DADE.HTM)>. Acesso em: 09/08/2012.

167 MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Op. cit., p. 221.

168 Idem.

ao patrimônio jurídico dos demandantes.

Para Wernneck Vianna, o Judiciário é uma

instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo checks and balances e a garantia da autonomia individual e cidadã.<sup>169</sup>

Assim, “diante da exigência de implementação dos Direitos Fundamentais e, especialmente depois dos insucessos dos planos econômicos, as contingências fizeram que o Judiciário se constituísse no único lugar de defesa do cidadão”<sup>170</sup>.

E prossegue o magistrado Alexandre Moraes da Rosa, aduzindo que

para romper com este atual estágio de cinismo absoluto do Estado que – por seus eventuais mandatários – nega-se a cumprir a Constituição, compete ao Poder Judiciário uma tarefa inalienável na garantia dos Direitos Fundamentais, de cariz garantista.<sup>171</sup>

Ora, não há mais espaço para o julgador passivo, desconectado da realidade. O juiz contemporâneo tem que ter a consciência do seu papel na sociedade, pois ele é, por excelência, aquele quem deve corrigir os atos que atentem contra direitos dos cidadãos. Com efeito, “o papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico”<sup>172</sup>.

E prossegue Barroso, afirmando que “parece impossível, por evidente, considerando a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, impedir demandas individuais que visem ao fornecimento de medicamentos”<sup>173</sup>. Contudo, o constitucionalista faz um importante contraponto: “Ao decidir tais demandas, porém, o magistrado terá o ônus argumentativo de enfrentar os óbices expostos no texto”<sup>174</sup>.

De fato, num cenário desses, a argumentação tem um papel primordial. O correto desdobramento das causas que servem de fundamento à decisão judicial é

169 WERNNECK VIANNA, Luiz et alli. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24.

170 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville). Op. cit.

171 Idem.

172 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 238.

173 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 247, nota de rodapé 59.

174 Idem.

essencial a sua validade. Assim, o julgador tem o ônus de enfrentar, ao longo da fundamentação da sua sentença (entendida esta em sentido amplo), todas as questões sobre as quais paira controvérsia, e é exatamente isso que legitima a sua decisão. Quão mais bem fundamentada uma decisão judicial, mais ela realiza o princípio democrático. Outrossim, a sua eventual revisão e reforma, por parte das instâncias jurisdicionais superiores, também se torna mais difícil, na medida em que bons argumentos dão solidez à decisão judicial.

Dessarte, quando o juiz decide pelo deferimento de determinada prestação relacionada à saúde, a sua decisão deve ser elaborada “sob uma perspectiva racional construída de forma argumentativa e pautada no ordenamento vigente”<sup>175</sup>. Deveras, cuida-se de decisões em que há a ponderação de bens positivamente valorados pelo Direito, de sorte que, ao se escolher por um, relega-se o outro a segundo plano. Assim, o juiz deve construir argumentativamente a sua decisão, explicitando os motivos que o levaram a determinada conclusão, sendo que aqueles (os motivos) não podem se afastar do direito posto.

Pretende-se alcançar, dessa forma, soluções jurídicas corretas, e não verdades jurídicas irrefutáveis, “pois estas só podem ser buscadas pela comprovação empírica própria das ciências naturais”<sup>176</sup>. Essa solução correta “deve se construir e demonstrar racionalmente”<sup>177</sup>, pois “é da racionalidade do discurso jurídico que advém a legitimidade da concretização ou criação do direito”<sup>178</sup>.

Busca-se, dessa forma,

dentre várias soluções possivelmente corretas, uma que possa se justificar racionalmente à luz do direito vigente, do caso concreto, da experiência nacional e dos elementos culturais da sociedade, i. e, que possa ser considerada correta.<sup>179</sup>

E, para tal desiderato,

devem-se utilizar métodos legítimos no contexto de um discurso controlável racionalmente para que nele se articulem pressupostos, argumentos, concretude e direito escrito, atingindo conclusões que, ao cabo, poderão

---

175 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Op. cit., p. 135.

176 Idem.

177 Idem.

178 Idem.

179 Ibidem, p. 136.

alcançar uma correção demonstrável.<sup>180</sup>

Com efeito, a “pretensão de correção se alcança por meio do discurso jurídico, da fundamentação, em sua perspectiva concreta e de acordo com a ordem positivada”<sup>181</sup>.

Dessarte, verifica-se a importância que a argumentação assume no âmbito de uma decisão judicial relacionada à saúde. De fato, o juiz deve demonstrar os motivos pelos quais ele assumiu uma determinada posição, tendo em vista a existência de conflito entre bens jurídicos positivamente valorados pelo Direito. Em casos tais, o ônus argumentativo é maior do que em casos passíveis de solução pelo clássico método da subsunção.

Prosseguindo.

Depara-se, como já aventado na presente monografia, com opiniões no sentido de que são os exercentes de funções políticas (membros do Poder Legislativo e Executivo), eleitos democraticamente, os únicos legitimados a destinar recursos para a realização de políticas públicas. Assim, argumenta-se que os membros do Poder Judiciário, por não contarem com a dita legitimação popular (em função dos seus integrantes adentrarem na carreira através de concurso público de provas e títulos), não poderiam deliberar sobre as melhores condições de dispêndio do dinheiro público, com vistas à efetivação dos direitos sociais.

De fato, não é tarefa precípua dos magistrados o juízo de conveniência acerca da realização ou não de determinada política pública. Não obstante, quando a falta ou a má execução desta fere um direito fundamental do indivíduo, não é apenas faculdade, mas verdadeiro dever do magistrado deferir a demanda pleiteada, mesmo em se tratando de questões atinentes a dispêndio de recursos públicos.

Os membros do Poder Judiciário, realmente, não são eleitos pelo povo. Contudo, foram os cidadãos brasileiros, por meio de seus representantes na Assembléia Nacional Constituinte, quem lhes conferiu a tarefa de apreciar atos que gerem lesão ou ameaça a direito.

Deveras, o seu dever de agir é de natureza constitucional. Foi o próprio povo que legitimou a atuação judicial nos casos em que haja violação a direito. E a

---

180 Idem.

181 Ibidem, p. 136-137.

garantia de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV) é cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV). Dessarte, verifica-se que era desejo do povo brasileiro a possibilidade perene e imutável de análise judicial de atos que, supostamente, ferissem direito seu. Trata-se, nada mais, nada menos, do que a petrificação do sistema de *checks and balances* na Lei Maior brasileira.

Assim, ante a omissão ou ineficiência daqueles que são eleitos pelo sufrágio popular, deve o Judiciário, no caso concreto, resguardar os direitos individuais em jogo, tanto por incidência direta da própria Constituição, em seu art. 5º, XXXV, quanto por uma questão pragmática, qual seja, é o poder que pode fornecer a resposta mais célere ao pedido do cidadão, bem como por ser aquele que, via de regra, é de mais fácil acesso ao povo, através da propositura de uma ação.

Dessa forma, se mediante o processo político majoritário não se satisfaz determinadas pretensões (e a realidade política brasileira é pródiga nesse exemplo), o Judiciário é chamado a intervir com o intuito de colmatar as lacunas deixadas pelos exercentes de funções políticas. Não é usurpação de função, tampouco essa atitude fere o princípio da separação dos poderes. Trata-se, antes, de integração normativa, realizada por meio de um processo de interpretação criativa, que leva em conta a realidade subjacente aos fatos e, em última instância, analisa a lei e o caso concreto à luz do que dispõe a Constituição, cujo conteúdo emancipatório deve sempre ser fonte de solução de contendas judiciais.

Dessarte, o Poder Judiciário tem, sim, a prerrogativa de corrigir ilegalidades no trato do Poder Público com os cidadãos no que se refere à saúde. É cristalino que o cidadão tem livre acesso ao Poder Judiciário para reclamar seus direitos. Entretanto, é só através da análise do seu caso que se verificará a procedência ou não do seu pedido, não havendo, por certo, uma regra clara, definitiva e imutável para se resolver os litígios desta natureza. É a análise do caso concreto que fornecerá a pertinente solução ao mesmo.

Ademais, a judicialização da saúde “estimula a concretização do direito social previsto no art. 6º da Constituição”<sup>182</sup>, bem como “desestimula o mau funcionamento do Estado, sobretudo do Poder Executivo e Legislativo nas tarefas que lhe incumbem a fim de concretizar a Constituição”<sup>183</sup>, sendo que os “estímulos

---

182 MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Op. cit., p. 222.

183 Idem.

judiciais” obriga os exercentes de funções políticas a tomarem medidas concretas, coibindo ilegalidades e afastando omissões”<sup>184</sup>. Por fim, a judicialização “coíbe o esvaziamento de investimentos no setor de saúde”<sup>185</sup> e “dificulta o retrocesso social”<sup>186</sup>.

Finalmente, cita-se Wernneck Vianna, o qual, com rara lucidez, descreveu, nos seguintes termos, o papel do Judiciário na atualidade:

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico sociedade civil - partidos - representação - formação da vontade majoritária, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos - como nos casos de países que admitem o controle abstrato de normas - e, um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. Tal contexto institucional, dominante, em maior ou em menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da “intelligentzia”: os magistrados e os membros do Ministério Público. “Guardiães das promessas”, na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito<sup>187</sup>.

---

184 Idem.

185 Idem.

186 Idem.

187 WERNNECK VIANNA, Luiz et alli. Op. cit., p. 22-23.

## CONCLUSÃO

Os principais desafios do direito à saúde são, de um lado, a sua efetividade, e, de outro, o alcance de um ponto de equilíbrio no que tange à atuação dos três poderes da República.

Tendo em vista o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição, qualquer cidadão brasileiro tem o direito de ter a sua pretensão levada a juízo e analisada, para se aferir se, no caso, há uma violação ao seu direito à saúde, que gere o correlato dever jurídico de prestação por parte do Poder Público.

Com efeito, o membro do Poder Judiciário não lhe pode negar (ao cidadão) o conhecimento de sua causa. Esta pode até ser julgada improcedente, mas o julgador tem o dever jurídico-constitucional de apreciar a demanda e fundamentar a sua decisão, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Ademais, como negar jurisdição ao cidadão que obteve a negativa de prestação sanitária por parte do Estado, tendo em vista a indissociabilidade da saúde ao direito à vida?

No entanto, a atuação judicial deve ser pautada pela proporcionalidade. Barroso o afirma nos seguintes termos:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direito da mesma natureza de outros tantos.<sup>188</sup>

Contudo, fato é que, no que tange à judicialização da saúde, não há regra clara, perene e tampouco imutável para a solução dos feitos. É só através da análise do caso concreto que o julgador poderá aferir a procedência ou não da prestação pleiteada. Cada demanda é única, assim como a negativa de prestação por parte do Estado, de modo que o olhar crítico do magistrado é essencial para não se cometer injustiças e incongruências. Ingo Sarlet atesta que a solução deve ser

(...) calcada nas circunstâncias do caso concreto (e, portanto, necessariamente afinada com as exigências de proporcionalidade), já que

---

188 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta...**, p. 219.

estabelecer, nesta seara, uma pauta abstrata e genérica de diretrizes e critérios efetivamente não nos parece possível.<sup>189</sup>

Por fim, como já aventado, o equilíbrio deve ser o norte da atuação judicial. A esse ponto, revela-se oportuna a citação de passagem de autoria de Eduardo Rocha Dias, que asseverou o seguinte:

É defensável, por sua vez, o reconhecimento de um direito subjetivo, fundando diretamente na Constituição, a prestações na área de saúde sempre que o indeferimento destas acarretar risco de dano irremediável à vida e à integridade física, o que impõe um sopesamento, no caso concreto, dos bens jurídicos e valores envolvidos. Tais prestações, porém, deverão ater-se aos limites do razoável, o que afasta medidas desnecessárias e inadequadas, consistindo no mínimo indispensável à tutela da vida e da integridade física; ou seja, se, por um lado, deve-se afastar o entendimento tradicional de que as normas consagradoras do direito fundamental à saúde tem natureza meramente programática, impondo, ao contrário, o reconhecimento do direito aos tratamentos necessários à sua tutela; por outro, há de se ter em conta o papel do legislador na sua concretização, o que impõe considerar uma pluralidade de alternativas e limites, máximos e mínimos, de efetivação.<sup>190</sup>

O ideal seria, segundo Thiago Marrara e Lydia Neves Bastos Telles Nunes,

a construção de um papel intermediário para o Poder Judiciário, um papel que não ignore a unicidade da jurisdição e garanta um mínimo de bem-estar aos cidadãos e, de outro, respeite minimamente a esfera de elaboração de políticas públicas pelo Executivo e pelo Legislativo<sup>191</sup>.

Afinal, como arrematam os autores, “a redução da judicialização passa, na verdade, pela valorização de outros caminhos para a concretização desse direito fundamental”<sup>192</sup>.

---

189 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 347.

190 DIAS, Eduardo Rocha. Op. cit., p. 81.

191 MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Op. cit., p. 221.

192 Ibidem, p. 231.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In. \_\_\_\_\_. Temas de direito constitucional. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30/07/2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville). Ação Civil Pública nº 038.04.003.149-4. Disponível em: <[http://jij.tj.rs.gov.br/jij\\_site/docs/SAUDEMENTAL/ECA+E+ATENDIMENTO+ESPECIALIZADO+SA%DADE.HTM](http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/SAUDEMENTAL/ECA+E+ATENDIMENTO+ESPECIALIZADO+SA%DADE.HTM)>. Acesso em: 09/08/2012.

CASALTA NABAIS, José. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra Editora: Coimbra.

CASTRO, José Augusto Dias de. **A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p. 149-158, jan./mar. 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Eduardo Rocha. **Direito à saúde, liberdade de iniciativa e a nova regulamentação do oferecimento de produtos e serviços em farmácias e drogarias**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 73-110, jan.mar. 2010.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. Disponível em: <[http://advcom.com.br/artigos/pdf/artigo\\_reserva\\_do\\_possivel\\_com\\_referencia\\_.pdf](http://advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf)>. Acesso em: 02/08/2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Público e privado no setor de saúde**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 105-154, jan./mar. 2005.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 213-231, abr.jun. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

WANDERLEY, Allan Weston de Lima. **A eficácia do direito à saúde: limites relativos ao fornecimento de medicamentos excepcionais**. Cascavel: ASSOESTE, 2011.

WANG, Daniel Wei Liang. **A escassez de recursos como limitação para concretização de direitos (Comentários a acórdão do STJ)**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 239-254, out./dez. 2007.

WERNNECK VIANNA, Luiz et alii. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.