

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

**GISELA NICOLAU FAUSTINO GOMES**

**UMA ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA  
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

**JOÃO PESSOA  
Agosto, 2015**

**GISELA NICOLAU FAUSTINO GOMES**

**UMA ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA  
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Monografia apresentada à Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB em convênio UEPB/TJPB, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

**ORIENTADOR: Prof. M. Sc. Luciane Gomes.**

JOÃO PESSOA  
Agosto, 2015

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

G633a Gomes, Gisela Nicolau Faustino  
Uma análise sobre a atuação do poder judiciário  
na concretização do direito fundamental à saúde [manuscrito] /  
Gisela Nicolau Faustino Gomes. - 2014.  
61 p.

Digitado.

Monografia (Prática Judicante) - Universidade Estadual da  
Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2014.

"Orientação: Profa. Ma. Luciane Gomes, Pós Graduação e  
Pesquisa - Direito".

1. Direitos à saúde. 2. Dignidade humana. 3. Estado  
democrático de direito. I. Título.

21. ed. CDD 362.1

GISELA NICOLAU FAUSTINO GOMES

**UMA ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA  
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Monografia apresentada à Pró-Reitoria  
de Pós-Graduação e Pesquisa da  
Universidade Estadual da Paraíba –  
UEPB em convênio UEPB/TJPB, como  
parte dos requisitos para a obtenção  
do título de Especialista em Prática  
Judicante.

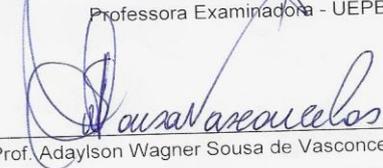
Aprovada em: 27 / 08 / 2015

BANCA EXAMINADORA

  
\_\_\_\_\_  
Prof.ª Luciane Gomes - Mestre  
Orientadora

Escola Superior de Magistratura da Paraíba – ESMA-PB

  
\_\_\_\_\_  
Prof.ª Ana Lúcia Carvalho de Souza - Mestre  
Professora Examinadora - UEPB

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos - Mestre  
Professor Examinador - UFPB

## **AGRADECIMENTOS**

Antes de tudo, meu profundo agradecimento a Deus e a Nossa Senhora por terem me dado o dom da vida, a minha família, a força e proteção nas adversidades. Meus pais, minha fortaleza, meu suporte, espelhos do divino para mim, a eles o meu muito obrigado por sempre cuidarem de mim, me apoiarem e me darem suporte para que eu pudesse me dedicar aos estudos. Agradecer aos meus irmãos, pela parceria, amor, amizade. Aos amigos, pelo companheirismo e horas de descontração. Ao corpo docente da Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba pelo aprendizado e incentivo no estudo do universo jurídico. Agradecimento, especial, a professora e orientadora M. Sc. Luciane Gomes por ter me concedido algumas horas em seu tempo, me dando orientações que foram de fundamental importância para a conclusão deste trabalho.

*"A justiça atrasada não é justiça, senão  
injustiça qualificada e manifesta."*

*(Rui Barbosa)*

## RESUMO

O presente trabalho tem por fim a análise da atuação do Poder Judiciário em demandas que envolvem a concretização do direito fundamental à saúde. Seu objetivo é fazer um estudo para se verificar se a atividade desenvolvida pelos magistrados, diante da precariedade do sistema de saúde pública brasileiro, se pauta mais numa postura ativista, de conotação negativa, pois invade competências de outros poderes da República, ou se trata de dar concreção aquilo que está previsto na Constituição da República. O direito à saúde, a vida e a dignidade humana estão insculpidos no texto constitucional como direitos fundamentais, portanto, merecem proteção. Assim sendo, sempre que se estiver diante da incapacidade ou omissão do Poder Executivo, de garantir o cumprimento racional e razoável dos preceitos da constituição, o Judiciário pode, perfeitamente, ser acionado para que possa ingressar no debate e dar efetividade a direitos constitucionalmente protegidos. Nesse passo, se analisou as principais objeções à judicialização da saúde, quais sejam, a necessidade de respeito à independência e harmonia entre os poderes, a existência de discricionariedade administrativa na escolha, pelos responsáveis em gerir o SUS, dos medicamentos e procedimentos que vão fornecer à população, a obrigatoriedade de se observar os princípios orçamentários que vinculam a aquisição de insumos pelo Poder Público e a reserva do possível.

**Palavras-chave:** Direitos à saúde. Dignidade Humana. Estado Democrático de Direito. Poder Judiciário. Ativismo. Concretismo.

## **ABSTRACT**

This paper aims to the analysis of the Judiciary acting in claims involving the application of the fundamental right to health. Your goal is to do a study to see if the activity carried out by the magistrates, on the precariousness of the Brazilian public health system, and based on a more activist stance, the negative connotation because it invades competencies of other branches of government, or is it give concreteness what is provided for in the Constitution. The right to health, life and human dignity are sculptured in the Constitution as fundamental rights, therefore, deserve protection. Therefore, whenever you are on the inability or failure of the executive branch, to ensure the rational and reasonable compliance with the provisions of the constitution, the judiciary can perfectly well be triggered so you can join the debate and give effect to constitutionally protected rights. In this step, we analyzed the principal objections to the legalization of health, namely, the need to respect the independence and harmony between the powers, the existence of administrative discretion in choosing, by those responsible for managing the NHS, drugs or procedures that will provide the population, the obligation to observe the budgetary principles that bind the acquisition of inputs by the Government and the reserve for contingencies.

**Keywords** Rights to health . Human Dignity . Democratic state . Judiciary. Activism. Concretism .

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
1.1	DELIMITAÇÃO E PROBLEMA DA PESQUISA .....	08
1.2	JUSTIFICATIVA.....	08
1.3	OBJETIVOS.....	10
	1.3.1 Objetivo geral .....	10
	1.3.2 Objetivos específicos.....	10
<b>2</b>	<b>FUNDAMENTOS TEÓRICOS</b> .....	11
2.1	DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA, O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO À SAÚDE.....	11
	2.1.1 Direito à Vida .....	11
	2.1.2 O Princípio da Dignidade Humana .....	13
	2.1.3 Direito à Saúde.....	14
	2.1.4 Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais: Direito à Saúde .....	17
	2.1.4.1 Breves considerações sobre o Estado Democrático de Direito: A Reelaboração da Interpretação Constitucional.....	17
	2.1.4.2 Direito à Saúde: Eficácia e Aplicabilidade.....	19
2.2	O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO .....	23
	2.2.1 Ativismo Judicial .....	25
	2.2.2 Concretismo Judicial .....	28
2.3	AS PRINCIPAIS OBJEÇÕES À JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE .....	35
	2.3.1 Tripartição de Funções: Executivo, Legislativo e Judiciário.....	35
	2.3.2 A Discricionariedade Administrativa .....	39
	2.3.3 Questões Orçamentárias .....	40
	2.3.4 Reserva do Possível .....	43
<b>3</b>	<b>ASPECTOS METODOLÓGICOS</b> .....	49
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	53
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	56

# 1 INTRODUÇÃO

## 1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E PROBLEMA DA PESQUISA

O presente trabalho se propõe a analisar o papel do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental à saúde, seja garantindo que tratamentos médicos indispensáveis sejam realizados, seja compelindo os entes públicos ao fornecimento de medicamentos. Visa responder à seguinte problemática: O Poder Judiciário pode ingressar no debate voltado a políticas públicas no intuito de dar efetividade a direitos constitucionalmente protegidos?

O tema apresentado situa-se no âmbito do Direito Constitucional e Direito Administrativo, portanto, enquadra-se no campo da área do conhecimento das Ciências Jurídicas. Este recorte, portanto, insere-se no contexto da Atividade do Poder Judiciário e do Poder Executivo na concretização do princípio da dignidade humana, do direito à vida e à saúde.

O estudo buscará compreender o papel do Poder Judiciário na realização do direito à saúde, dentro da perspectiva do neoconstitucionalismo, que tem ganhado cada vez mais importância, sendo alvo de debates calorosos que envolvem temas como a separação dos poderes, a repartição de competências entre os entes políticos, o princípio da reserva do possível, a questão orçamentária, o respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal e a possibilidade de sequestro de verbas públicas. Portanto, o tema e problema escolhidos estão suficientemente delimitados no âmbito da especialização ora realizada, bem como do ponto de vista temporal e espacial.

## 1.2 JUSTIFICATIVA

A proteção constitucional do direito à saúde, corolário do direito à vida se inicia logo no art. 1º da Constituição Federal de 1988, que elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. O art. 3º, complementa, constituindo como objetivo desta República a promoção do bem de todos. Por sua vez, o artigo 5º, assegura a inviolabilidade do direito à vida; e, no dispositivo seguinte, art. 6º, o direito a saúde é expressamente garantido dentro dos direitos sociais.

Mais especificamente no art. 196, a Constituição de 1988 prescreve a saúde como direito de todos e dever do Estado, indicando ao Poder Público o caminho para assegurá-lo: mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de

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

Para tanto, deve o Estado Federal adotar políticas públicas, com financiamento adequado, a fim de garantir o acesso às ações e aos serviços de saúde, como fatores preponderantes para o alcance da justiça social.

Na previsão legal é inegavelmente certo que todos têm direito, mas na prática quantos ficam sem atendimento?

O Poder Público não consegue atender adequadamente todas as demandas de saúde que lhe são apresentadas todos os dias, assim grupos avançam em direção ao Judiciário, exercendo seu direito fundamental de acesso à justiça, buscando nele a resolução de seus conflitos e a efetividade de seus direitos.

Tendo o direito à saúde proteção constitucional, caberia ao Poder Judiciário ingressar nesse debate e garantir a concretização desse postulado constitucional? O Judiciário teria legitimidade para fixar políticas públicas, ou apenas o Executivo e Legislativo? Não estaríamos quebrando a independência e harmonia entre os poderes?

Não há dispositivo constitucional que de alguma forma não esteja revestido de força normativa, quando se trata de cumprimento a direitos humanos fundamentais, normas constitucionais de aplicação imediata, não se pode falar em ingerência indevida do Judiciário nas funções alheias. Desse modo, a independência entre os poderes da República não implica afastar do controle do Poder Judiciário os atos de iniciativa do Poder Executivo ou mesmo Legislativo.

Assim sendo, quando houver violação a uma imposição constitucional, por parte do legislador ou do administrador, o Poder Judiciário deverá exercer o seu papel de julgador, impedindo ofensa à Carta Magna.

Já que o direito fundamental à saúde não se trata simplesmente de uma promessa endereçada ao Poder Executivo para que o dê cumprimento como bem lhe aprouver. O Poder Executivo não é soberano, não está desprovido de controle, ele não age afastado da Constituição, se o constituinte originário instituiu o direito à saúde como promessa maior, deve sim o Judiciário, na medida de suas competências, se esmerar pela sua concretização, seja atuando na via judicial em razão do fornecimento de medicamentos que não têm previsão em listas do Sistema Único de Saúde, seja garantindo o acesso a tratamento médico-hospitalar.

## 1.3 OBJETIVOS

### 1.3.1 Objetivo geral

Analisar a atuação do Poder Judiciário, como poder contramajoritário, e seu papel no debate voltado a políticas públicas no intuito de dar efetividade a direitos constitucionalmente protegidos, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à saúde, sempre que estivermos diante incapacidade/omissão do Poder Executivo de garantir o cumprimento racional e razoável dos preceitos constitucionais.

### 1.3.2 Objetivos específicos

O objetivo geral será alcançado por meio das seguintes ações:

- compreender a competência dos três poderes da República: Executivo, Legislativo e Judiciário;
- analisar o direito fundamental à saúde;
- analisar a importância do Poder Judiciário como poder contramajoritário capaz de tornar concreto os direitos fundamentais;
- analisar o Princípio da Separação dos Poderes;
- analisar o Princípio da Reserva do Possível;
- análise da ponderação de princípios, regras e bens jurídicos na resolução de casos difíceis;
- analisar a questão orçamentária e o respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal;
- analisar o cabimento de sequestro de verbas públicas.
- analisar a questão de medicamentos pleiteados que não constam em rol listado pelo Ministério da Saúde.

## 2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

### 2.1 DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA, O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O DIREITO À SAÚDE

#### 2.1.1 Direito à Vida

O respeito à vida é consagrado na Constituição Federal da República do Brasil de 1988, em seu art. 5º, que introduz uma declaração formal dos direitos e garantias fundamentais do homem, onde está incluído a proteção plena da vida humana dispondo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (...)”, direito este que é intangível, pois o art. 60, § 4º, IV, do mesmo dispositivo legal, assegura que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Este artigo delimita a ação da atividade normativa estatal, já que confere a proteção das cláusulas pétreas.

Em outras palavras, não pode ser modificado em processo normal de emenda pelo poder constituinte derivado, pois essa cláusula de imutabilidade inibe a ruptura dessa estrutura essencial à pessoa humana, não sendo admissíveis mudanças que minimizem a proteção à vida, pois, em um Estado Democrático de Direito, não se pode levantar dúvidas quanto à possibilidade de uma pessoa ter direito à vida, tendo em vista que, em um regime político como este, toda a sua atividade está pautada em normas jurídicas preexistentes, que regem sua vivência e soberania. Por conseguinte, o Estado Democrático de Direito é o “Estado Constitucional submetido à Constituição e aos valores humanos nela consagrados<sup>1</sup>”.

Veja-se algumas considerações do autor Ives Gandra sobre esse bem jurídico:

O primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais do ser humanos é o direito à vida. É o primeiro dos direitos naturais que o Direito Positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar. (...) É lei não criada pelo Estado, mas pelo Estado apenas

---

<sup>1</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 495.

reconhecida, e que pertence ao ser humano não por evolução histórico-axiológica, mas pelo simples fato de ter sido concebido. É-lhe inerente, e não concebida<sup>2</sup>.

Canotilho<sup>3</sup> ensina que o direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da "não agressão" ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida. Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e, por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém. E conclui: o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade.

A vida é um direito natural e *conditio sine qua non* de todos os demais bens jurídicos, sem vida não se teria que cogitar a existência de nenhum outro valor ou bem jurídico, já que é a razão substancial para que todos os direitos da ordem jurídica sejam efetivamente concretizados. Esse bem de valor absoluto é de tal grandeza que deve ser protegido contra tudo e contra todos, até mesmo contra o detentor de sua titularidade, que não pode dela dispor indevidamente, pois qualquer atentado ensejaria em um ato inconstitucional, além de não se tratar de uma faculdade do sujeito e sim de um direito personalíssimo, indisponível, irrenunciável, intransmissível e poderíamos até dizer inviolável. Salvo algumas exceções, como é o caso do testamento vital em que o sujeito, "em pleno gozo de suas faculdades mentais, descreve os procedimentos médicos que aceitará ou recusará quando já se encontrar em estágio terminal e referidos tratamentos tiverem com fim único o prolongamento da vida"<sup>4</sup>.

Esse bem jurídico deve ser compreendido numa visão geral incluindo, para uma melhor interpretação da norma, outros valores superiores, como a dignidade humana, que é colocado no mais elevado patamar dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

---

<sup>2</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do direito natural à vida. **Revista dos Tribunais**. Ano 76. São Paulo: Revista dos Tribunais. Set., 1987. p. 27-28. V. 623

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2000.

<sup>4</sup> OLEARE, Flávia Miranda. O que é testamento vital? **JUSBRASIL**. Disponível em: <<http://flaviaoleare.jusbrasil.com.br/artigos/170387493/voce-sabe-o-que-e-um-testamento-vital>>. Acesso em 16.03.2015.

## 2.1.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O Princípio da Dignidade Humana, consolidado no art. 1º, III, da CF/88 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, impõe-se como finalidade à qual se destina o Estado e como limite ao seu poder de atuação. Esse preceito essencial consiste no fato do ser humano ser único, insubstituível, por não ter equivalente na espécie, pois, de fato é portador de um valor incomparável.

Veja-se o que diz Clayton Reis<sup>5</sup> sobre o conceito de dignidade humana:

O conceito de dignidade extrapola o próprio significado porque se encontra impregnado no ser humano. As pessoas já nascem com esse conceito, que se encontra imanente do espírito. Somos revestidos de dignidade por ocasião do nosso nascimento e, até mesmo antes dele. No primeiro momento da vida ele é inerente ao nosso direito à vida e respeito ao corpo. No segundo momento, na fase de consciência, ele se localiza no respeito aos direitos presentes nos elementos estruturais presentes na personalidade.

Dignidade significa honestidade, honra, respeitabilidade, decência, decoro, brio, é uma qualidade moral que infunde respeito a si mesmo; é a consciência do seu próprio valor. Essas características devem estar presentes na vida das pessoas para que elas possam viver sob condições mínimas de igualdade humana e justiça social.

A dignidade da pessoa humana possui um amplo espectro de aplicação jurídica, não apenas como princípio, determinando um estado de coisas a ser alcançado por meio de certas condutas, mas também como postulado normativo, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas outras normas.

[...] No sentido de atributo da pessoa, que se refere a sua singularidade, é o fundamento jurídico de inúmeras normas, além de conferir legitimidade ao Estado, por meio de limitação de seus poderes em fase da pessoa<sup>6</sup>.

Como princípio jurídico indica um estado ideal de coisas a serem alcançadas através de certas condutas da sociedade e também do Estado, que deve promover e criar condições que possibilitem o pleno exercício e fruição de uma vida digna, em sua plenitude. É o que se espera de um Estado Democrático de Direito.

Sua importância está consolidada no ordenamento constitucional vigente,

<sup>5</sup> REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coords.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

<sup>6</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 19/33.

tornando-se norma jurídica carregada de eficácia, possuindo um valor que não se restringe apenas a guiar os direitos fundamentais, mas rege tanto a ordem jurídica constitucional como a infraconstitucional.

Conforme José Afonso da Silva, “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida<sup>7</sup>”. Com este preceito constitucional, o Estado faz reverência à importância do indivíduo numa sociedade, dando um profundo valor jurídico ao ser pela sua condição humana e indicando, ainda, que seus preceitos legais devem ser interpretados em favor dos seres humanos.

### 2.1.3 DIREITO À SAÚDE

Com base nessa visão mais abrangente do direito à vida e do princípio da dignidade humana, partindo desses dois vetores considerados essenciais nas relações jurídicas, surge o Direito à Saúde, uma vez que não se concebe o direito à vida humana digna sem que o cidadão tenha a garantia de obter as condições mínimas necessárias para a sua promoção, proteção e recuperação. Para além dessa vinculação, ainda surge a proteção da integridade física (corporal e psíquica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutíveis.

A proteção constitucional do direito à saúde é expressamente garantida no art. 6º da nossa Carta da República, dentre os direitos sociais e se traduz em um direito subjetivo público de prestação positiva do Estado.

Sobre os direitos sociais, são os ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos<sup>8</sup>:

Os direitos sociais são as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condição de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real. Funcionam como lídimas prestações positivas, de segunda geração, vertidas em normas de cunho constitucional, cuja observância é obrigatória pelos Poderes Públicos.

Desse modo, o cumprimento do dever político-constitucional estipulado no art. 196 da CF/88 – consistente na obrigação de assegurar a todos a proteção à saúde – que é direito de todos e dever do Estado, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional em que atue no plano de organização

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105

<sup>8</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

federativa, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Tal dever decorre de um imperativo de solidariedade social, obrigando ao poder público promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas que tenham por finalidade viabilizar e efetivar o que prescreve a Constituição da República.

Basta uma leitura perfunctória dos dispositivos constitucionais que versam sobre o direito à saúde (arts. 196 a 200) para que se perceba que se encontra, em verdade, no que diz com a forma de positivação, tanto em face de uma norma definidora de direito, quanto diante de normas de cunho impositivo de deveres e tarefas imposta aos poderes públicos, na medida em que remete a regulamentação das ações de serviços e saúde ao legislador (art. 197), além de criar e fixar as diretrizes do Sistema Único de Saúde (art. 198), oportunizando a participação (em nível complementar) da iniciativa privada na prestação de assistência à saúde (art. 199), bem como estabelecendo, em caráter exemplificativo, as atribuições (nos termos da lei) que competem ao sistema único de saúde (art. 200)<sup>9</sup>.

Assim sendo, o Estado é sujeito passivo do direito social à saúde, a quem incumbe o dever de assegurá-la. Isto tem razão na própria Constituição Federal, que enceta prerrogativas ao administrador da coisa pública, obrigando-o a um “agir”. Exige-se, pois, um comportamento positivo do Poder Público, de modo a garantir condições existenciais (mínimas) ao cidadão.

Nesse sentido, importante trazer à baila trecho do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do Recurso Extraordinário 643435 – RS<sup>10</sup>:

Assim, “[...] Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público

<sup>9</sup> SARLET. Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 643435 RS. Min. Luiz Fux. Julgamento: 18/03/2013. DJe-054 Divulgado: 20/03/2013 Publicado: 21/03/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23079930/recurso-extraordinario-re-643435-rs-stf>. Acesso em: 20.11.2014.

também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”

Assim, o alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à saúde não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem como destinatário maior o aparelho estatal.

Ainda, o direito em comento encontra-se protegido por se enquadrar no conjunto de cláusulas pétreas, não podendo, portanto, ser modificado (a não ser para aumentar sua abrangência), abolido ou restringido. O princípio da vedação do retrocesso impede tal modificação, visto que não se pode desconstituir a concretização de uma norma que o próprio Estado promulgou e lhe deu eficácia.

Dessa maneira, tem-se que o direito social à saúde foi concebido como instrumento destinado à efetiva redução de desigualdades, que corresponde a uma obrigação de fazer, a cargo não somente do Estado mas de toda a sociedade, já que a Carta Magna, em seu art. 196, diz que a saúde “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Com isso, tem-se que o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não realização qualifica-se como uma reprovável situação de inconstitucionalidade por omissão, imputável ao Poder Público, já que a proteção à saúde trata-se de típico direito de prestação positiva, que tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação e de cujo exercício possa resultar, contraditoriamente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação dessa prerrogativa essencial<sup>11</sup>.

O Direito à saúde se apresenta como um mandamento de cunho prestacional positivo, exigindo, assim, ações dos mais diversos tipos por parte do Estado, para que sua realização seja possível, como, por exemplo, realização de

---

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T., AgRE 273834-4-RS, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 31.10.2000. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087069/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-2944-pb>>. Acesso em: 11.01.2015.

exames, atendimento médico e hospitalar, tratamento, fornecimento de medicamentos, enfim, adoção de políticas públicas para dar eficácia e efetivar esse direito.

Nesse passo, esse direito social é concebido como um bem jurídico a que corresponde uma obrigação de investir em medidas que reduzam as desigualdades no campo da saúde pública, dando possibilidade de prevenção, cura ou convivência com a doença, estendendo o tempo de vida, de modo que permita ao cidadão uma existência digna e a consecução do seu projeto de vida.

## 2.1.4 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: DIREITO À SAÚDE

### 2.1.4.1 Breves Considerações sobre o Estado Democrático de Direito e a reelaboração da Interpretação Constitucional

O atual sistema jurídico brasileiro se consagra como um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, individuais, entre outros, conforme disposto no preâmbulo da Constituição<sup>12</sup>.

A Carta da República de 1988 trouxe uma nova visão à interpretação e aplicação de suas normas, referendando a sua força normativa, surgindo o neoconstitucionalismo. Essa nova leitura dos regramentos levou a sistematização dos princípios próprios aplicáveis à norma constitucional capaz de fazer cumprir a vontade do constituinte. O Texto Constitucional passou a se tornar obrigatório, impositivo, limitando e direcionando a atividade de todos os poderes do Estado, para convergir no bem comum da sociedade.

A doutrina contemporânea<sup>13</sup> intitula de neoconstitucionalismo o conjunto de transformações que consolidaram a formação de um Estado Constitucional de

---

<sup>12</sup> Preâmbulo da Constituição de 1988. “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Direito; a reaproximação do Direito e da ética (com a valoração da pessoa humana); o reconhecimento da força normativa da Constituição e a adoção de uma nova hermenêutica no exercício da jurisdição constitucional.

Ainda sobre o neoconstitucionalismo, resta destacar que a principal característica é a de buscar não só a efetividade das normas, por meio da positivação, mas sim a busca da sua eficácia, e, para isso, reconhecendo-as como insuficientes em determinadas situações, utilizando-se dos princípios que norteiam a produção das leis.

Nesse sentido, vejamos o que os ensinamentos de Lenio Luiz Streck<sup>14</sup>:

A importância desse debate está no fato de que o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema de regra, fenômeno que (somente) se torna possível a partir de algo novo introduzido no discurso constitucional: os *princípios*, que passam a representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negada pelo positivismo.

Essa nova compreensão dos preceitos legais que compõem o ordenamento jurídico brasileiro se voltou para a pessoa humana, houve o reconhecimento da sua dignidade e da força normativa da carta constitucional.

Dentro dessa perspectiva, neoconstitucionalista, para a efetivação do que fora ali disposto é indispensável fazer uma correlação entre a função do Estado Democrático de Direito e a garantia da dignidade humana, que, como visto, está disposta no texto constitucional como princípio basilar da Lei Maior.

Luís Roberto Barroso<sup>15</sup> em sua obra “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo” leciona sobre essa reelaboração doutrinária da interpretação constitucional nos seguintes termos:

A consolidação do constitucionalismo democrático e normativo, a expansão da jurisdição constitucional e o influxo decisivo do pós-positivismo provocaram um grande impacto sobre a hermenêutica jurídica de maneira geral e, especialmente, sobre a interpretação constitucional. Além disso, a complexidade da vida contemporânea, tanto no espaço público como no espaço privado; o pluralismo de visões, valores, interesses que marcam a sociedade atual; as demandas por justiça e pela preservação e promoção

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”**. Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet. Curitiba, Ano V, 2014, Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf)>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2015.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pag. 288

de direitos fundamentais; as insuficiências e deficiências do processo político majoritário – que é feito de eleições e debate público; enfim, um conjunto vasto e heterogêneo de fatores influenciaram decisivamente o modo como o direito constitucional é pensado e praticado.

Vive-se em um mundo globalizado, repleto de pessoas com culturas diferentes, com relações intrincadas, complexas, e o legislador não consegue acompanhar, por meio do processo legislativo comum, o desenvolvimento dessa sociedade repleta de enigmas, contendo situações que antes não se imaginavam e que passam a dominar a dinâmica social atual.

Desse modo, os cidadãos que se veem violados, seja por ação ou omissões, em seus direitos avançam em direção ao Judiciário, exercendo o seu direito fundamental de acesso à justiça, lançando a este Poder da República a resolução de seus conflitos.

No exercício da prestação jurisdicional, os juízes e tribunais passaram a adotar uma nova hermenêutica, guiada pela Carta garantista de 1988, abraçando uma compreensão do Direito, dentro de um Estado Constitucional Democrático, que além de regras também tem princípios, termos gerais.

Então essa nova postura hermenêutica se volta a fazer uma leitura que se vale da força normativa da Constituição e que enxerga nos princípios elementos que oxigenam essa dura e intrincada relação entre regras. Há no neoconstitucionalismo a possibilidade de uma análise moral da Constituição e o reconhecimento da importância, relevância, da jurisdição constitucional como poder contramajoritário, poder capaz de concretizar os direitos fundamentais.

#### 2.1.4.2 Direito à Saúde: Eficácia e Aplicabilidade

O Direito impõe condutas e os dispositivos constitucionais estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Deste modo, mesmo as regras programáticas, que dispõem sobre a realização da Justiça Social, atribuem ao Estado Brasileiro o indeclinável dever jurídico de realizá-la<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo**. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Verbatim, 2009

Como visto, a saúde se liga umbilicalmente ao direito à vida, vida digna, integrando o núcleo essencial do princípio da dignidade humana. A esse núcleo, mínimo essencial, é atribuído eficácia integral e aplicabilidade imediata.<sup>17</sup>

A Constituição de 1988 declarou, em seu art. 196, a saúde como sendo um direito fundamental de todos e dever do Estado, determinou, ainda, em seu art. 5º, §1º, que as normas que abrigam direitos humanos fundamentais teriam aplicação imediata, vinculando de modo direto os Poderes Públicos, entidades públicas e privadas. Além do mais, integram o núcleo protegido como cláusulas pétreas, de acordo com o art. 60, §4º, IV, que estabelece que a Constituição Federal não poderá ser emendada em casos em que a proposta de emenda tenha por vista abolir os direitos e garantias individuais.

A regra da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais busca assegurar a força vinculante desses direitos de cunho fundamental, em outras palavras, objetiva torná-los prerrogativas diretamente aplicáveis por todos os poderes da República.

Assim, com o entendimento de que o homem é sujeito de direitos, não objeto, e que merece a tutela de seus bens jurídicos, não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito, torna-se essencial que seja integralmente respeitado e plenamente garantido.

Os debates que envolvem a eficácia do direito fundamental à saúde representam uma das principais batalhas para o constitucionalismo e para a própria democracia atual. A eficácia desse direito constitui passo indispensável ao processo de afirmação constitucional, recaindo sobre o Estado um inafastável vínculo institucional que se funda em conferir aos cidadãos acesso a um sistema organizado de saúde pública.

Nesse passo, veja-se o posicionamento de Uadi Lammêgo Bulos<sup>18</sup>:

O Estado, ao instituir os serviços públicos, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional. Isso não é suficiente. Só mediante profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. Urge que nossos legisladores saiam do período de programaticidade e ingressem na fase de efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não

---

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

as cumprirem plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias. Resta, pois, que todos os segmentos da sociedade, sem distinção, cobrem a execução concreta dos preceitos constitucionais.

Como visto, foi remetido aos poderes públicos o dever de atuar positivamente na implementação de políticas públicas voltadas a prestações materiais na esfera de assistência médica, hospitalar e de medicamentos. Contudo, na prática, quantos ficam sem assistência à saúde pública?

Muitas vezes, os poderes constituídos opõem o fato de que tais normas foram positivadas como sendo de eficácia limitada, de princípios programáticos, para justificar a ausência de serviços de saúde, com argumentos como a ausência de capital e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos.

Argumentos como estes, de que o direito à saúde, previsto nos artigos 196, 197 e 198 da Constituição, são normas programáticas não se afiguram razoáveis, ainda mais, nas hipóteses em que está em jogo a preservação de um bem maior, que é a vida humana.

A eficácia do direito à saúde, sua ligação direta com o direito à vida, não pode ficar ao alvedrio de gestores públicos despreocupado com a concretização dos direitos fundamentais, sob pena de incidir em grave comportamento inconstitucional. Nesse sentido:

(...) No caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo (individual ou mesmo coletivo, a depender do caso) a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzida da Constituição, constitui exigência inarredável da própria condição do direito à saúde como direito fundamental, ou seja, como trunfo contra maioria, muito embora com isso não se esteja a sustentar que o direito à saúde possa ser considerado como um direito ilimitado a qualquer tipo de prestação estatal<sup>19</sup>.

Ainda, urge mencionar o posicionamento da doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>20</sup>:

As normas de direitos fundamentais são – de acordo com a terminologia mais difundida no Brasil – normas de eficácia plena, no sentido de que por mais relevante que seja o papel do legislador infraconstitucional (o que, no caso dos direitos sociais, é de ser ainda mais enfatizado), não se poderá

<sup>19</sup> SARLET. Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>20</sup> Idem.

deixar a decisão sobre o conteúdo dos direitos sociais, na esfera plena e ilimitada de atuação do legislador.

De fato, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afirmar que:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro, não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gestor irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado<sup>21</sup>.

Nas lições de Luís Roberto Barroso<sup>22</sup>, efetividade significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o ser da realidade social.

As normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, por sua força jurídica e vinculante, exigem um comportamento ativo por parte dos seus destinatários, ao mesmo tempo em que, investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis. Eventual descumprimento desses comandos imperativos faz nascer para o seu titular uma pretensão.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T., AgRE 273834-4-RS, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 31.10.2000. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087069/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-2944-pb>>. Acesso em: 11.01.2015.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

## 2.2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Como se pode observar, inegável é o fato que o direito à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado. Contudo, muitas vezes encontramos distância entre o texto normativo e a realidade fática, entre o ser e o dever ser.

Deste modo, quando o regramento constitucional não é honrado e o acesso aos serviços de saúde não é disponibilizado, faz nascer para o titular desse direito uma pretensão de exigir do Estado que os direitos subjetivos insculpidos no texto constitucional sejam cumpridos, podendo ele se valer de uma ação judicial, acionando o Poder Judiciário.

Essa legitimação nasce de um direito fundamental, tutelado constitucionalmente através do art. 5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que permite o ingresso do Judiciário em diversas questões.

Assim sendo, o papel desse Poder da República nasce quando se tem violado um direito, quando o cidadão, frente à omissão do Legislativo e à inércia do Executivo, vale-se de mecanismos coercitivos e sancionatórios para fazer cessar violações aos seus bens jurídicos.

Nessa conjuntura, os juízes e tribunais passam a se deparar, muitas vezes, com matéria de política pública, que não estaria em seu campo de atuação. Contudo, uma vez provocados, pela via processual adequada, não têm alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Isso decorre do regramento insculpido no artigo 126 do Código de Processo Civil que assim dispõe: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Por conseguinte, o juiz não pode se furtar de prestar a tutela jurisdicional ao cidadão, já que este tem a faculdade de exigir, em juízo, bens e serviços de saúde, com fundamento direto na Constituição. Ademais, o próprio ordenamento processual civil determina que o Judiciário não pode se esquivar de julgar pois tem o dever constitucional de viabilizar o exercício de direitos.

Assim, a saúde deixa de ser motivo de debate apenas entre médicos, hospitais, empresas de planos de saúde e gestores públicos, passando a interessar

a promotores de justiça, advogados, defensores públicos e juízes, por cuidar-se em defesa de um direito fundamental à própria existência da pessoa humana.

Foi assim que a positivação do direito à saúde, no texto constitucional, deu ensejo à sociedade recorrer à tutela judicial para buscar a sua efetividade e isso é consequência do amadurecimento dos cidadãos e de uma cultura de exigibilidade de direitos, que teve como resultado o aumento de demandas judiciais e o surgimento da chamada judicialização da política da saúde.

Luís Roberto Barroso<sup>23</sup> elenca algumas causas dessa judicialização, como a redemocratização do País, que reavivou a cidadania, a recuperação das garantias da magistratura e a constitucionalização abrangente, vejamos:

A **primeira** grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A **segunda** causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. [...] A Carta brasileira é analítica, ambiciosa[2], desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão — seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público — é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. [...]

A Constituição de 1988 trouxe um novo modelo democrático, onde suas normas contêm comandos, mandamentos, ordens dotadas de força jurídica e o cidadão passou a ter mais consciência de seus direitos. O Poder Judiciário, por sua vez, ficou mais próximo dessa sociedade que, constantemente, submete pretensões jurídicas ao seu crivo, em busca da resolução dos seus conflitos.

---

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica#autores](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica#autores)>. Acesso em: 10.02.2015.

Aliado a isso, o processo de hermenêutica de interpretação constitucional se voltou à legitimação dos anseios sociais e reconheceu a força normativa da Constituição, sendo capaz de reconhecer a supremacia, imperatividade e efetividade de suas normas.

Nesse ambiente, surge a judicialização, que consiste no fato de que algumas questões de repercussão política e social estão sendo decididas pelo Judiciário, ou seja, a política deixou de ser concebida apenas como uma área de discricionariedade do administrador público, livre de controle judicial e sem vinculação com os preceitos constitucionais. Desse modo, o titular de um direito pode demandá-lo via judicial em caso de insuficiência das instituições majoritárias em materializar políticas públicas. Assim, o debate passou da esfera política para a esfera judicial.

Contudo, essa transferência de algumas questões políticas para os tribunais, este protagonismo judicial, no intuito de promover a democracia e proteger os direitos fundamentais, é por vezes questionado, por implicar riscos de ingerência em outros Poderes da República, gerando crise de legitimidade.

Nesse cenário, de efetividade das normas constitucionais que envolvem o direito à saúde e da sua exigibilidade em face da omissão do legislador ou do administrador público, vários são os aspectos que merecem análise e questionamento. Porém, o capítulo que aqui se apresenta cuidará de fazer um breve comparativo entre o chamado Ativismo Judicial, de conotação negativa, e o Concretismo Judicial, de conotação positiva, com o escopo de verificar se a atuação do Poder Judiciário se pauta mais numa postura ativista ou se trata de dar concreção àquilo que está previsto no Texto Constitucional.

### 2.2.1 Ativismo Judicial

O Ativismo Judicial é o movimento caracterizado pela ação do Poder Judiciário na concretização de direitos e demandas sociais, utilizando a análise dos princípios constitucionais e lhes dando maior alcance, em uma tentativa de preencher espaços que outros poderes deixaram de lado. É uma postura mais ativa na interpretação da Constituição, colocando-a como documento central do ordenamento jurídico, para o qual toda a matéria infraconstitucional se volta.

Entretanto, a expressão “ativismo” vem sendo comumente ligada à ingerência no campo de atuação do Executivo e do Legislativo, além de fomentar a impressão de que o Poder Judiciário atua na produção legiferante, imputando-lhe um denominador negativo, uma atuação invasiva, que extravasa suas competências.

Tal sentimento é gerado, em grande parte, pela inércia do Executivo e Legislativo, o que legitima o ingresso do Poder Judiciário em questões que, pelo menos em relação às funções típicas atribuídas a cada órgão que compõe o Estado, não deveriam ser submetidas à sua apreciação.

Luís Roberto Barroso<sup>24</sup> define o ativismo como:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O Poder Judiciário brasileiro, após a Constituição de 1988, vive uma época de expansão, em que os tribunais avançam em temas que, de alguma maneira, tocam campos políticos, em resposta a um crescente diálogo que vem firmando com a sociedade, em busca da defesa dos princípios e direitos fundamentais consagrados pelo Estado Democrático, fruto de situações em que as demandas sociais não puderam ser atendidas de maneira efetiva pelos outros poderes da República.

Para o desenvolvimento deste trabalho, interessa a questão que envolve o chamado “ativismo judicial” por via de imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, especialmente em matéria de políticas públicas voltadas ao campo da saúde, como por exemplo a distribuição de medicamentos, determinação de realização de procedimentos médicos e terapias mediante decisões judiciais.

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica#autores](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica#autores)>. Acesso em: 10.02.2015.

Por todo o País, as intervenções judiciais ganham destaque na mídia com realce na falta de ação do administrador público, principalmente quanto a políticas voltadas à saúde pública. Conseqüentemente, a impressão que se tem é de que o acesso à saúde, para que seja efetivo, necessita da atuação judicial.

Contudo, decisões judiciais que atingem a divisão orgânica do Poder Estatal, desequilibrando a relação entre eles, além de retirar do administrador público a discricionariedade, permitida em lei, quanto às prioridades na destinação de recursos públicos, características inerentes a estes, acabam dando a falsa impressão de que a judicialização das políticas públicas é a saída para a manutenção e qualidade dos serviços prestados ao cidadão.

Por vezes, essa atuação, esse protagonismo, do Poder Judiciário enfraquece a democracia porque essa postura desestimula a sociedade a levar suas pretensões para o local onde realmente elas deveriam ser feitas, que é nos Poderes Legislativo e no Executivo. Isso se dá porque a sociedade está sendo amparada pelo Judiciário e constantemente ela o faz, por meio de um defensor público, um advogado particular, com um processo judicial, cuja resposta virá de forma mais célere. Desse modo, o cidadão pode se utilizar da via judicial, de maneira solitária. Não precisa se mobilizar, como precisaria no Legislativo ou Executivo, e isso se torna um caminho mais rápido para a concretização dos seus anseios<sup>25</sup>.

Assim, o cidadão tende a ir direto ao Judiciário, todavia, quando a sociedade o faz, ela se esquece do Poder Legislativo e do Executivo e aumenta, ainda mais, o fosso existente entre esses Poderes e a população, entre os representantes e os representados.

Evidentemente que os extremos não são posições ideais na atuação coordenada entre os órgãos dos Estados. Por isso, a supremacia do Judiciário coloca em risco um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ou seja, a independência dos Poderes, e conseqüentemente a necessidade de freios e contrapesos entre eles (Teoria do *check and balance*).

---

<sup>25</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez: o outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008. Disponível em: <[http://www.idp.edu.br/component/docman/docdownload/1\\_88-ativismo-ou-altivez-o-outro-lado-do-supremo-tribunal-federal](http://www.idp.edu.br/component/docman/docdownload/1_88-ativismo-ou-altivez-o-outro-lado-do-supremo-tribunal-federal)>. Acesso em: 10.02.2015

### 2.2.2 Concretismo Judicial

Há, no concretismo judicial, uma visão diferenciada, segundo a qual a jurisdição constitucional pode ingressar na substância, no conteúdo, deve concretizar direitos constitucionais de nomenclatura aberta, conferindo efeitos a todo o corpo constitucional.

Dessa maneira, uma vez invocado, este Poder da República deve intervir naquele caso concreto para assegurar o cumprimento da norma com a entrega da prestação. O Judiciário, conseqüentemente, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.

Aqui, não há em que se falar em uma jurisdição constitucional calada, discreta, silente, desencorajada, que faz pouco caso da Constituição, que diz que o direito à saúde é como se não estivesse na Carta da República, que desconsidera a força normativa dos dispositivos, normalmente muito caros à sociedade por eles conduzidas.

No concretismo, segue-se o caminho que enxerga na Constituição Federal um documento primoroso, cuja eficácia depende de um esforço coletivo, ora do Judiciário, ora do Executivo, ora do Legislativo, enfim, um compromisso a ser firmado por todos. Tem-se um novo cenário da jurisdição constitucional brasileira.

Dentre as inúmeras causas que justificam o comportamento afirmativo do Poder Judiciário, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Poder Judiciário, ao suprir as omissões institucionais dos órgãos estaduais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República<sup>26</sup>.

Fica evidente que a postura do Judiciário é incômoda, porque força o Poder Executivo a fazer o que não estava fazendo, que é abranger novas necessidades e tratamentos médicos ocorridos no seio de uma sociedade complexa.

---

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 727864 PR. Min. Celso de Melo. Julgamento: 09/09/2014. DJe-180 DIVULG 16/09/2014 PUBLIC 17/09/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE727864.pdf>>. Acesso em: 09.01.2015.

Daí podemos dizer que as decisões judiciais no âmbito do direito à saúde muitas vezes trazem o benefício de forçar o Poder Executivo a manter sempre a atualidade de seus debates acerca de políticas públicas de saúde, oxigenando suas discussões e permitindo que novos elementos lhe sejam fornecidos<sup>27</sup>.

A concretização do direito à saúde já foi alvo de debates tanto no Supremo Tribunal Federal, como no Superior Tribunal de Justiça. Atualmente, é iminente a discussão definitiva acerca dos pontos cruciais desse tema, a saber:

O STF reconheceu a repercussão geral da controvérsia relativa à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamentos de alto custo<sup>28</sup>, veja-se:

**SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO.** Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (RE 566471 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00016 EMENT VOL-02302-08 PP-01685)

Ademais, é o teor do Informativo nº 579:

#### **TÍTULO**

Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 2

#### **ARTIGO**

Entendeu-se que a agravante não teria trazido novos elementos capazes de determinar a reforma da decisão agravada. Asseverou-se que a agravante teria repisado a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos poderes, o que já afastado pela decisão impugnada ao fundamento de ser possível, em casos como o presente, o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. No ponto, registrou-se que a decisão impugnada teria informado a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado. Relativamente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, reportou-se à decisão proferida na ADPF 45 MC/DF (DJU de 29.4.2004), acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental. No que se refere à assertiva de que a decisão objeto desta suspensão invadiria competência administrativa da União e provocaria desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que seriam do Estado e do Município, considerou-se que a decisão agravada teria deixado claro existirem casos na

<sup>27</sup> FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Editora Juspodivm.

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566471/RN. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 15/11/2007. DJe-157. Divulgado: 05/12/2007. Publicado: 07.12.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000040&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 1.2.2015

jurisprudência da Corte que afirmariam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde (RE 195192/RS, DJU de 31.3.2000 e RE 255627/RS, DJU de 23.2.2000). Salientou-se, ainda, que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deveria ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos. No ponto, observou-se que também será possível apreciar o tema da responsabilidade solidária no RE 566471/RN (DJE de 7.12.2007), que teve reconhecida a repercussão geral e no qual se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Ademais, registrou-se estar em trâmite na Corte a Proposta de Súmula Vinculante 4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde. Ressaltou-se que, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, estaria seguindo as normas constitucionais que fixaram a competência comum (CF, art. 23, II), a Lei federal 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência do Supremo. Concluiu-se, assim, que a determinação para que a União pagasse as despesas do tratamento não configuraria grave lesão à ordem pública. Asseverou-se que a correção, ou não, desse posicionamento, não seria passível de ampla cognição nos estritos limites do juízo de contracautela. STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2010. (STA-175)

O STJ definiu como tema representativo de controvérsia na sistemática dos recursos repetitivos a questão referente ao fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de saúde, sob pena de bloqueio ou sequestro de verbas do Estado a serem depositadas em conta corrente<sup>29</sup>, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 461 DO CPC. MEDIDAS EXCEPCIONAIS. AUSÊNCIA DE JUSTIFICADO RECEIO DE INEFICÁCIA DA ORDEM MANDAMENTAL. 1. Dispõe o art. 461 do Código de Processo Civil que, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, o juiz poderá aplicar multa diária ou mesmo determinar o bloqueio de bens para assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento da tutela concedida. 2. **Nesse sentido, este Superior Tribunal, sob o regime do art. 543-C do CPC, entendeu que, "tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação" (REsp 1.069.810/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 6/11/2013).** 3. **No entanto, o STJ considera que o citado procedimento é medida excepcional, que só é legítima "para o fim de garantir o fornecimento de medicamento à pessoa que dele necessite, quando houver o risco de grave comprometimento da saúde do demandante" (RMS 35.021/GO, Rel. Min.**

<sup>29</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS: 44502 GO 2013/0407753-6, Relator: Ministro Og Fernandes. Data de Julgamento: 18/06/2014, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 25/06/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25167471/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-44502-go-2013-0407753-6-stj>>. Acesso em: 01.02.2015. em:1.2.2015.

Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28/10/2011). 4. Na espécie, contudo, inexistente demonstração de justificada receio de ineficácia da ordem mandamental, isto é, de que o Estado de Goiás não esteja cumprindo o aresto recorrido. Inviável, portanto, a adoção da providência pleiteada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no RMS: 44502 GO 2013/0407753-6, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 18/06/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014) (grifos nossos)

Como visto, fácil a constatação de que o Judiciário exerce papel fundamental no confronto à precariedade da prestação de serviços de saúde pública e essas mudanças só podem ser feitas por meio da mobilização popular, pela luta por dignidade, que tira a sociedade de uma postura passiva e a leva para uma atitude francamente ativa.

A judicialização da saúde é um fato que adveio do modelo constitucional que se adotou, ao Judiciário cabe dar efetividade a lei, e, uma vez chamado a intervir e dar resposta as pretensões sociais, tem a obrigação de fazê-lo, sem alternativa. Se um mandamento constitucional permite que dele se depreenda uma pretensão, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria<sup>30</sup>.

Não se trata aqui de um exercício deliberado de vontade política e sim de dar efetividade à vontade do constituinte originário. O Judiciário, quando assim o faz, está apenas exercendo a sua função jurisdicional, “pela qual lhe compete, coercitivamente, em caráter definitivo, dizer e aplicar o direito às controvérsias a ele submetidas”<sup>31</sup>. “A judicialização, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica do Poder Judiciário. Este limitou-se a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente”<sup>32</sup>.

Assim, com uma Constituição que tem força normativa, com dispositivos constitucionais repletos de carga eficaz, com a força, por parte da jurisdição constitucional, na concretização de direitos fundamentais na leitura e releitura da Constituição Federal, na existência da necessidade de ponderação entre regras, princípios, na tentativa de resolução de casos difíceis e também na aproximação

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica#autores](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica#autores)>. Acesso em: 10.02.2015.

<sup>31</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. pag. 667.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica#autores](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica#autores)>. Acesso em: 10.02.2015

entre Direito e Moral, o Judiciário deve sim se fazer presente no debate da concretização do direito fundamental à saúde.

Nesse sentido, interessante o posicionamento de Luís Roberto Barroso:

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador<sup>33</sup>.

O sustentáculo básico para tal fim incide na força normativa da Carta da República e na constitucionalização do Direito, pois que todo o ordenamento jurídico se volta para a Lei Fundamental, que permite e limita o exercício de quaisquer Poderes estatais, dentre eles o Judiciário. Necessário, portanto, romper paradigmas para que se vislumbre um Estado Democrático de Direito, com uma atuação proativa do Judiciário, quando for necessária e legitimamente constitucional.

O Ministro Ayres Britto, em entrevista à Revista Consultor Jurídica, faz uma pequena análise sobre a nova interpretação das normas constitucionais e do papel do magistrado, vejamos:

Estamos vivendo um processo de maturidade democrática que começou com a Constituição Federal de 1988 e levou a uma nova compreensão do Direito. A nossa Constituição é eminentemente principiológica e, interpretada na perspectiva do caso concreto, se chega à seguinte conclusão: há princípios que são autoaplicáveis. Não há necessidade de lei para o princípio incidir.

[...]

ConJur: Isso é o chamado ativismo judicial?

Ayres Britto — Não. Eu odeio essa expressão, ativismo judicial, porque ele é proibido. O juiz não pode ser ativista. Não pode ditar nem aditar lei, mas apenas interpretar de uma forma mais arejada. Isso não é invencionice. A Constituição brasileira, por ser principiológica, facilita a interpretação contemporânea das normas. O Conselho Nacional de Justiça baixou uma Resolução proibindo o nepotismo no Judiciário. Não foi preciso se basear em lei para isso. Há quatro princípios previstos na Constituição que levam a isso — moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Eu preciso de lei para aplicar esses princípios? Não. Eles servem de norma para o caso concreto. [...] Não preciso de lei para aplicá-lo. A isso chamamos de pós-positivismo, que diz que os princípios são supernormas. Eles têm mais importância do que as regras<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 243.

<sup>34</sup> PINHEIRO, Aline. Ayres Britto: Juiz deve fomentar juridicamente anseios sociais. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://blogdorabay.wordpress.com/2010/02/22/ayres-britto-juiz-deve-formatar-juridicamente-anseios-sociais/>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

Esse protagonismo judicial surge quando questões que poderiam ser resolvidas em amplo debate na sociedade, com participação dos legitimados e de todos os membros interessados, são submetidas à apreciação do Poder Judiciário. Tal atitude não reflete exatamente uma confiança na melhor solução para os conflitos que surgem, mas sim se mostra a única alternativa para os cidadãos que não tem a quem recorrer, é uma alternativa para aqueles que não veem assegurados os seus direitos no cenário político.

Daí surge uma crítica, a de crise de legitimação dos poderes, pois os membros do Poder Judiciário não são eleitos, não são escolhidos pelo povo, suas decisões não têm o cunho legitimador do voto popular, o que gera questionamentos cada vez mais intensos.

Contudo, quando se trata de concretizar os direitos insculpidos no texto constitucional, o Judiciário, quando acionado pelo cidadão, rompe a sua linha de inércia, que se inicia pela ação, onde tem que dar uma resposta aos pleitos que lhes são dirigidos. Então, entra na arena e debate a efetividade de direitos. Daí surge sua legitimação, no cumprimento do seu dever constitucional.

O Judiciário não entra no debate voltado a políticas públicas por vontade própria, mas pela provocação da sociedade, que conclama para que aquele bem de vida seja efetivamente garantido e ela só o faz quando se vê diante da ineficiência das instituições majoritárias em materializar políticas públicas voltadas para a proteção e implementação da saúde.

Cabe salientar que o magistrado não formula políticas públicas à revelia das leis e da própria Constituição, não pode incorrer em omissões, tal qual o Congresso Nacional ou o Executivo incorrem. Uma vez provocado, tem o dever de agir, restabelecendo a ordem jurídica.

A democracia representativa pressupõe a ideia de governo das maiorias, mas o Judiciário vai fazer esse contraponto contramajoritário, que seria exatamente a possibilidade de se ter a defesa dos direitos das minorias, que de alguma forma não foram abraçadas pelas instituições políticas tradicionais. Assim, o judiciário tem sua parcela de responsabilidade na construção da democracia e da cidadania ativa.

Cada vez mais, e em grau mais elevado, o Judiciário tem agido de forma a promover os direitos fundamentais, garantindo o mínimo existencial para uma vida com dignidade, e em sua grande maioria, tem o valoroso apoio do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Nesse contexto, veja-se o posicionamento de Lenio Luiz Streck<sup>35</sup>:

Essa nova configuração nas esferas de tensão dos Poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo, reforça, sobretudo, o caráter hermenêutico que o direito assume. Afinal, há um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e do Estado: texto constitucionais principiológicos, a previsão/determinação de efetivas transformações da sociedade (caráter compromissório e diretivo das Constituições) e as crescentes demandas sociais que buscam no poder judiciário a concretização de direitos tendo por base os diversos mecanismos de acesso à justiça. Mas isso, à toda evidência, não pode comprometer os alicerces da democracia representativa. O grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito.

O Judiciário brasileiro vive um momento importante de expansão, porque a democracia não é apenas a garantia do governo da maioria, não é apenas o princípio majoritário, “a democracia é também o respeito aos direitos fundamentais inclusive das minorias e a preservação das regras do jogo democrático”<sup>36</sup>.

É claro que podem ocorrer excessos! Fica evidente que existem atuações positivas e negativas, porém, deve haver um limite, um balizador que oriente o julgador em tão importante tarefa. Tal limite encontra-se implícito no ordenamento jurídico pátrio, o sistema de freios e contrapesos, nominado de *checks and balances* no direito norte americano. Este sistema visa equilibrar as ações dos órgãos que compõe o Poder Estatal, sendo “acionado” quando um órgão deixa de cumprir suas funções, afetando a harmonia que deve existir entre os Poderes.

Portanto, no debate acerca da legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário é preciso ter em conta que este deve ter autocontenção para respeitar o processo político majoritário, mas, também, deve ter altivez na prestação jurisdicional para garantir que direitos fundamentais sejam efetivados.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”*. **Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet**. Curitiba, Ano V, 2014, Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf)>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2015.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica#autores](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica#autores)>. Acesso em: 10.02.2015.

## 2.3 AS PRINCIPAIS OBJEÇÕES À JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Em que pese todo a explanação acima exposta, não são raros os discursos cheios de objeções a efetividade do direito à saúde, especialmente quando ele é reivindicado por meio de ações judiciais.

Serão apresentadas algumas dessas objeções de natureza jurídica, sem contudo ter a pretensão de explorá-las com a desejável profundidade. São elas: a necessidade de respeito à independência e harmonia entre os poderes; a existência de discricionariedade administrativa na escolha, pelos responsáveis em gerir o SUS, dos medicamentos e procedimentos que vão fornecer à população; a obrigatoriedade de se observar os princípios orçamentários que vinculam a aquisição de insumos pelo Poder Público e a reserva do possível.

### 2.3.1 TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES: EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

A história diz que o nascimento da noção teórica de “tripartição de poderes” pode ser situada na antiguidade grega, com a publicação da obra “Política”, escrita por Aristóteles. Segundo ele, “todas as formas de Constituição apresentam três partes (...): uma trata da deliberação sobre assuntos políticos; a segunda trata das funções públicas; a terceira trata de como deve ser o poder judiciário”<sup>37</sup>.

Contudo, não se pode considerar que essa divisão de funções já era vista como mecanismo de racionalização e controle do poder político. Isso porque, na época em que Aristóteles elaborou sua obra, a centralização política imperava, todo o governo era exercido por um único soberano. Com isso, o autor pregava “o exercício das três funções pela mesma pessoa, que editava as leis gerais, determinava a sua aplicação aos casos concretos e, monocrática e unilateralmente, julgava os conflitos eventualmente surgidos”<sup>38</sup>.

Portanto, pode-se concluir que a colaboração de Aristóteles para a constituição da teoria da tripartição de funções se deu na identificação das três diferentes funções basilares de governo, mas, “a concepção moderna de separação

<sup>37</sup> ARISTÓTELES, **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>38</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2011. pag. 423.

de poderes, não foi buscar em Aristóteles sua inspiração, tendo sido construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos políticos – sociais”<sup>39</sup>.

Somente nos séculos XVII e XVIII começou a ser pensado, de forma racional, um sistema político-jurídico que permitisse uma eficaz contenção do exercício do poder. Em 1748, Montesquieu publicou a obra “Do Espírito das Leis”, na qual a teoria da separação dos poderes já era concebida como um sistema em que se conjugavam um Legislativo, um Executivo e um Judiciário, harmônicos e independentes entre si e que tais funções não poderiam ser exercidas pelo mesmo órgão, pois o poder tende a se corromper sempre que não encontra limites.

O ponto fundamental da teoria de Montesquieu está na ideia de dividir o exercício dessas funções entre órgãos independentes, evitando a concentração de todo o poder do Estado nas mãos de uma única pessoa, o que implicaria o automático e recíproco controle de toda a atividade estatal, pois, “a acumulação de Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constituiria necessariamente a tirania”<sup>40</sup>.

Porém, a separação rígida de poderes, entre as funções legislativa, executiva e judicial, se mostra cada vez menos concreta e inviável na prática, restando, na realidade dos dias atuais, superada. Isso se deu pelo fato de que tal tripartição de funções pode ensejar o arbítrio por parte de cada um dos poderes, em razão da completa independência com que exerciam suas funções.

Em decorrência disto, atualmente se exige uma maior interpenetração, coordenada e harmônica entre os poderes<sup>41</sup>, de modo que eles, além de desempenharem as suas funções típicas, exerçam também outras de natureza acessória, as atípicas, que são próprias de outros poderes.

Assim, com o advento da Constituição de 1988, houve uma separação de poderes mais flexível. Hoje tem-se um Poder Executivo que também legisla por meio das medidas provisórias. Há, com as Comissões Parlamentares de Inquérito, uma certa formação de um “tribunal”, onde o Poder Legislativo exerce um papel

---

<sup>39</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>40</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John; Madison, James. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. pag. 295

<sup>41</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2011. pag. 423.

jurisdicional, como que um juiz e, no Poder Judiciário, a possibilidade de elaboração de regimentos internos, atos da corregedoria, resoluções e, também, as súmulas vinculantes que tentam fazer uma parametrização de como os juízes devem decidir as causas, de como as leis devem ser interpretadas, no intuito de conferir maior celeridade à prestação jurisdicional.

O sistema de separação dos poderes foi associado à ideia de Estado Democrático Constitucional de Direito e deu origem, na doutrina americana, ao denominado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Sobre o tema, Dalmo de Abreu Dallari assim preleciona:

Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio dos atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências<sup>42</sup>.

Essa teoria tem o objetivo de assegurar o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, por meio do estabelecimento de controle recíprocos, evitando os avanços em demasia, isto é, o poder freando o poder, através da previsão de interferências legítimas de um poder sobre o outro, dentro das delimitações admitidas pela Constituição, que conferem a exata medida da relação de independência.

Com isso, percebe-se que não se pode mais tratar a separação das funções do Estado como Aristóteles, na antiguidade, imaginava ou como Montesquieu ensinou, de uma forma mais categórica, com a necessidade de separar as funções do Estado, pois, é no sistema de freios e contrapesos que se encontra o controle, as funções precípuas de cada qual, no intuito de impedir o arbítrio e o desmando de um determinado poder em detrimento do outro.

Nesse sentido:

---

<sup>42</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pag. 218.

Como se vê, adotado o mecanismo de freios e contrapesos, abandonou-se a ideia de uma separação rígida entre os poderes, na qual cada um deles teria funções exclusivas, exercidas sem nenhuma possibilidade de interferência dos demais, e passa-se a adotar uma concepção de atuação harmoniosa e equilibrada entre os poderes, sem independência absoluta ou exclusividade de qualquer função<sup>43</sup>.

A Constituição Federal de 1988 consagrou essa tripartição de funções no art. 2º, indicando a sua independência e harmonia, e, dada a sua importância, recebeu o *status* de cláusula pétrea, gravada no §4º, III do art. 60.

Tal divisão de funções aparece como objeção à atuação do Poder Judiciário, especialmente quando as demandas judiciais questionam a atuação do Poder Executivo.

Na busca pela concretização do direito à saúde, há pedidos de prestações materiais na esfera de assistência médica, hospitalar, de medicamentos, suplementos, realização de cirurgias, exames, custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, dentre outros. Contudo, valendo-se da tripartição e independência dos poderes, vários argumentos são construídos, entre eles o da invasão do Judiciário em competência do Executivo, rompendo a harmonia que deve haver entre os poderes; a ausência de condições do Judiciário em avaliar os efeitos de suas decisões na administração pública e a falta de legitimidade do Judiciário para fixar políticas públicas, o que apenas o Executivo e Legislativo teriam, porque eleitos democraticamente.

Pela Constituição de 1988, cabe ao Poder Judiciário duas funções principais: mediar conflitos para assegurar o embalo, a proteção ou a tutela dos direitos dispostos nas leis e também o controle da constitucionalidade, para evitar que atos legislativos e administrativos contrariem regras ou princípios constitucionais.

Assim sendo, diante de uma situação em que o Legislativo e o Executivo deixaram oportunidade para que o Judiciário agisse, mediante provocação social, ao magistrado não cabe escolha, deve cumprir seu mister, e, no caso, é de ser veículo garantidor dos direitos fundamentais e da própria democracia, sua legitimidade não é política e sim constitucional.

---

<sup>43</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2011. pag. 423.

### 2.3.2 A Discricionariedade da Administração Pública

A discricionariedade é o espaço de liberdade conferido por lei ao administrador público, onde ele tem autonomia de atuação, podendo valorar a oportunidade e conveniência da prática ou não de certo ato administrativo.

Nesse passo, o poder discricionário vem, por vezes, ligado às atividades que envolvem a prestação de serviços públicos de saúde, onde o gestor fará escolhas que melhor se aproveitem ao fim de cuidar para que o interesse público seja preservado.

Nessas escolhas administrativas, sobre gastos e prioridades nos serviços de saúde, muitas vezes, podem ocorrer arbitrariedades, como a ausência de fornecimento de medicamentos, exames, tratamento médico-hospitalar, o que gera para os titulares do direito a faculdade de exigir em juízo tais prestações. Neste norte:

O controle judicial dos atos administrativos é legítimo e legal. A vida real dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do próprio Estado Social depende da atuação de juízes, que não podem se colocar como reféns, e arrastar a população a esta condição, de normas infralegais que, por vezes, não refletem qualquer preocupação com os princípios e valores constitucionais<sup>44</sup>.

A atuação administrativa não é de toda livre, não pode se distanciar das diretrizes constitucionais e da perseguição do interesse público, pois, caso assim se proceda, o ato administrativo pode ser examinado pelo Poder Judiciário. O dever do Estado de conferir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, reputa-se como significativa restrição à discricionariedade do gestor público. Neste sentido:

É claro que as escolhas da administração, assim como qualquer atuação administrativa, devem ser pautadas pela estrita finalidade de bem atender ao interesse público e ser orientada, ademais, por todos os outros princípios jurídicos pertinentes (moralidade, impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade, entre outros); caso contrário será ilegal ou ilegítima, passível de anulação, inclusive pelo Poder Judiciário<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo**. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. pag. 82.

<sup>45</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2013.

Com isso, em caso de arbitrária recusa governamental, imotivada, em dar concretude ao direito à saúde, torna-se plenamente legítima a intervenção judicial. “Acrescenta-se, ainda, que a assunção do Estado Democrático de Direito, vinculando a justiça à legalidade, permite concluir que a discricionariedade administrativa encontra-se limitada tanto pela lei como pela ideia de justiça”<sup>46</sup>.

Cabe mencionar, como exemplo dessa discricionariedade administrativa, como objeção à prestação de serviço de saúde pública, o fato da medicação postulada não constar da lista de medicamentos editada pelo Ministério da Saúde ou não estar padronizada pela Portaria que regulamenta os Medicamentos Excepcionais. Contudo, tal argumento não implica em restrição ao seu fornecimento, pois “tais protocolos clínicos, sendo normas de inferior hierarquia, não podem prevalecer em relação ao direito constitucional à saúde e à vida, ainda mais, diante da comprovação da necessidade do uso de referido medicamento”<sup>47</sup>.

É certo que não se pode desprezar o planejamento e a organização da Administração Pública, extrapolar os itens eleitos pelo gestor para compor a assistência à saúde. A dispensação só poderá ser permitida diante das peculiaridades do caso concreto.

O fato é que a saúde se traduz em um direito subjetivo público que reclama prestações positivas do Estado e o preenchimento de meras formalidades, no caso, a inclusão do medicamento em lista prévia, não pode, por si só, se tornar impedimento à distribuição gratuita da medicação ao portador de doença grave, se comprovada a imprescindibilidade para o restabelecimento da saúde do paciente.

### 2.3.3 Questões Orçamentárias

Objeto de discussão latente é questão que envolve a garantia do equilíbrio financeiro do Estado, onerado que é com imposições judiciais que lhe obriga a suprir a necessidade dos cidadãos que se encontram acometidos por alguma enfermidade e necessitam dos serviços de saúde pública.

---

<sup>46</sup> SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo**. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. pag. 82.

<sup>47</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. CJ: 10532628 PR 1053262-8 (Acórdão), Relator: Luiz Mateus de Lima, Data de Julgamento: 23/07/2013, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1160 null. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25145819/conflito-de-jurisdicao-cj-10532628-pr-1053262-8-acordao-tjpr>>. Acesso em 02.02.2015.

Fala-se em quebra da regra orçamentária e vinculação do Poder Público aos limites do orçamento planejado, sem dúvidas, um alicerce jurídico de localização constitucional. Por outro lado, encontra-se diante de um outro bem jurídico, também constitucionalmente protegido: o direito à vida, a integridade da saúde de uma pessoa.

Na elaboração do orçamento público, limites constitucionais devem ser respeitados, pois eles servem como norte para a atuação do Poder Executivo, além do que todo gasto público deve se submeter à autorização legislativa.

A dogmática constitucional, ainda hoje, debruça-se diante desse conflito de normas e/ou preceitos constitucionais, litígios onde há flagrante confronto entre normas, exigindo do operador do direito uma solução plausível, capaz de conformar os interesses em jogo sem frustrar o próprio mandamento Maior.

Surge, então, a construção de vários mecanismos de solução, dentre eles a prevalência dos direitos fundamentais, como expressão perpétua da dignidade humana – maior bem jurídico protegido –, assim como o Princípio da Ponderação de Interesses, que, valendo-se da razoabilidade/proporcionalidade, visa prestigiar um direito sem, contudo, extirpar os outros.

O embate normativo que se assevera tem solução nos referidos preceitos, na medida em que se outorga vigência àquele direito que melhor privilegia os bens fundamentalmente constitucionais. Nos dizeres do Min. CELSO DE MELLO:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas [...]<sup>48</sup>.

É certo que a prestação de serviços de saúde em favor dos cidadãos depende de investimentos estatais. Assim, questões importantes, como orçamento e discricionariedade, não devem ser desprezadas. Mas, também, tais fundamentos não podem ser tomados como justificativa para que a administração pública se

---

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T., AgRE 273834-4-RS, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 31.10.2000. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087069/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-2944-pb>>. Acesso em: 11.01.2015.

esquive de adimplir suas responsabilidades no plano de prestação dos serviços e ações de saúde.

A própria Constituição Federal, em seu Título I, art. 1º, alberga entre os princípios fundamentais, a nortear o Estado Brasileiro, o respeito à dignidade humana e a saúde faz parte desse princípio, sendo inconcebível colocar a burocracia acima da proteção à vida.

Não se mostra razoável que as pessoas devam sofrer e ser submetidas a constrangimentos indefinidamente, utilizando o Estado a desculpa de que não dispõe de verbas suficientes alocadas para a saúde pública, enquanto, por exemplo, as agências de publicidade recebem milhões pelos serviços que prestam ao governo para, muitas vezes, enaltecer as virtudes de uma administração que se mostra omissa no desempenho de suas atribuições.

Portanto, nesses casos, perfeitamente cabível o remanejamento de verbas, inicialmente destinadas a atividades de menor ou pouca importância, como é o caso daquelas destinadas à publicidade governamental, para que os serviços de saúde pública sejam efetivados. Neste sentido:

O Estado tem o dever de alocar recursos necessários para o cumprimento de prestações garantidas pela Constituição prioritariamente. Não o fazendo previamente, poderá promover as alterações necessárias no orçamento sem ofensa às normas constitucionais que dispõem sobre os princípios orçamentários e sobre os gastos públicos<sup>49</sup>.

O redirecionamento de tais valores diz respeito ao caráter essencial que são as necessidades existentes na área da saúde. Não se mostra sensato afirmar que o Estado está impossibilitado de atuar efetivamente para solucionar os problemas urgentes da saúde pública com a simplória desculpa de que não existe dotação orçamentária suficiente para a realização de suas obrigações.

Assim sendo, é perfeitamente cabível que o Poder Judiciário intervenha, com o fito de proteger o direito à saúde, podendo determinar que o Poder Executivo remaneje verbas de setores não prioritários. Embora a solução seja incomum, não se deve considerar como ofensa à discricionariedade da administração, não com a extensão que costuma dar o Poder Executivo a este princípio. Ademais, esse

---

<sup>49</sup> SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo**. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. pag. 82.

remanejamento não pode resultar em responsabilização para o administrador, pois decorre de ordem judicial.

#### 2.3.4 Reserva do Possível

Por fim, outro ponto polêmico e fundamento para o controle jurisdicional de políticas públicas diz respeito à chamada “reserva do possível”. Segundo ela, as prestações materiais de serviços prestados pelo Estado estariam condicionadas à disponibilidade de recursos financeiros e tais decisões, acerca do orçamento público, estariam a cargo do Legislativo e Executivo, não cabendo ao Judiciário invadir tal competência.

Desse modo, o direito social à saúde, por ser dependente de prestações positivas, encontra dificuldades quanto a sua eficácia por não decorrer da simples previsão normativa e depender de condições materiais e financeiras, ações de governo, ponderação de valores e visão da conjuntura fática da realidade social. Esses limites, pelos meios e pela alocação de recursos escassos, condicionam a reserva do possível<sup>50</sup>.

A doutrina<sup>51</sup> tem dividido em duas categorias a reserva do possível, a fática e a jurídica. A reserva fática, diz respeito à ausência de recursos suficientes para atender a toda a população, ou seja, a inexistência de capital nos cofres públicos, bem como recursos humanos e técnicos. A jurídica, por sua vez, corresponde à ausência de autorização orçamentária para determinado gasto ser levado a cabo, remetendo ao problema de gestão e de definição de prioridades na esfera do gasto público.

Isso se dá pelo fato de que apesar de se reconhecer o caráter fundamental do direito à saúde, a sua efetividade está ligada a fatores de ordem material. Sendo assim, a falta de previsão orçamentária para o gasto demandado

---

<sup>50</sup> ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

<sup>51</sup> SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo**. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. pag. 82. SARLET. Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

pelo fornecimento de medicamentos, por exemplo, muitas vezes de alto custo, por meio de decisão judicial acaba por comprometer as finanças públicas.

Inegavelmente, a problemática para efetivação do direito a prestações positivas em serviços e ações de saúde reside na escassez de recursos para viabilizá-los e as milhares imposições judiciais às autoridades administrativas, para satisfação de necessidades individuais, como internações hospitalares, realização de exames, procedimentos cirúrgicos, fornecimento de medicamentos, por vezes dependentes de importação, sem que haja recursos legalmente destinado ao custeio dessas despesas, implica em grave crise no sistema.

A doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>52</sup> leciona que a reserva do possível é caracterizada por uma tríplice dimensão, a saber:

(1) A real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; (2) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos de sistema federativo; (3) e o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito.

O mesmo autor ainda acrescenta, que todos esses aspectos entrelaçam-se entre si e com outros princípios e regras constitucionais, o que exige uma solução sistemática e constitucionalmente adequada, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, não sirvam de obstáculo irremovível, mas como mecanismo que se soma às demais garantias de proteção dos direitos fundamentais e sociais.

Neste sentido, também é o posicionamento de Gustavo Rabay Guerra<sup>53</sup>:

Se considerarmos que os direitos sociais deixam de ser efetivados tão simplesmente "porque" inexistente orçamento suficiente para sua implementação estaríamos afirmando categoricamente que o custo impede a realização do programa constitucional de uma sociedade plural, fraternal, solidária, comprometido com a cidadania, a promoção do desenvolvimento nacional e a erradicação das desigualdades regionais e sociais. Mas não há custo no que toca a outras atividades inerentes ao Poder Público, como a liberação de recursos para obras discutíveis e gastos sem conformidade com o real clamor de uma população marginalizada, cada vez mais excluída de suas prerrogativas cidadãs.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>53</sup> GUERRA, Gustavo Rabay. A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível: - Página 2/3. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1047, 14 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8355>>. Acesso em: 9 fev. 2015.

É claro que o implemento de políticas públicas exige a devida acomodação dos gastos às possibilidades financeiras e orçamentárias do Estado. Contudo, com base nesse argumento, esmagadora quantidade de entes políticos buscam se escusar da obrigação inadimplida, ao dizer que a indisponibilidade financeira não permite a concreção do direito perseguido.

O argumento da incapacidade financeira do Estado não pode ser simplesmente alegado e totalmente desvinculado de qualquer comprovação. Admita-se que os direitos sociais se encontram submetidos a limites fáticos e jurídicos, mas, ao mesmo tempo, as garantias constitucionais devem ser efetivadas. Com isso, o entendimento dos tribunais brasileiros vem se firmando no sentido de que a impossibilidade de atendimento da demanda, de fornecimento de prestações, deve ser demonstrada pelo Poder Público, a quem incumbe o ônus da prova.

Nesse sentido, é o posicionamento que a jurisprudência pátria vem assumindo diante da matéria *sub examine*, conforme se depreende dos seguintes julgados:

**DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ALTO CUSTO. RESERVA DO POSSÍVEL. PRESUNÇÃO CONTRÁRIA À ENTIDADE PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA. ENFERMIDADE: MUCOPOLISSACARIDOSE VI (MPS VI). REPOSIÇÃO ENZIMÁTICA COM NAGLASZYME, ÚNICO TRATAMENTO EXISTENTE. DEFERIMENTO.** 1. Na sentença recorrida foi julgado parcialmente procedente pedido formulado em ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para, "antecipando os efeitos da tutela já deferida, condenar a UNIÃO FEDERAL e o ESTADO DA BAHIA a adotarem, de imediato, todas as medidas administrativas necessárias ao planejamento e desenvolvimento de programas, com a finalidade de garantir a dispensa do medicamento NAGLAZYME (Arilsufatase B recombinante - rhASB), de acordo com as suas competências derivadas da Lei 8.880/90, em quantidade suficiente a garantir o tratamento dos portadores de Mucopolissacaridose do Tipo VI, MPS VI ou Doença de Maroteaux-Lamy residentes no território do Estado da Bahia, com indicação para o referido tratamento, a ser aferido por profissionais médicos de Centro de Referência Público, antecedido de confirmação diagnóstica e sob acompanhamento contínuo para continuidade ou não do tratamento, prerrogativas expressamente ressalvadas à Administração, observando sua competência no particular". Decidiu-se também que "a União, solidariamente, e independentemente da efetivação do repasse legal, deverá assumir de imediato o respectivo custeio necessário para o cumprimento da ordem". 2. Na STA 175 AgR, o Supremo Tribunal Federal decidiu: "EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à

economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento" (Rel. Ministro Gilmar Mendes - Presidente -, Pleno, DJe de 29/04/2010). 3. O registro do mencionado medicamento na ANVISA, sob o número 25351.400371/2008-02, é demonstrativo de sua eficácia, haja vista que, nos termos do art. 16, II, da Lei n. 6.360/1976, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária, o registro de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos fica sujeito, além do atendimento das exigências próprias, à comprovação científica e de análise, de que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias. 4. **Haverá sempre presunção da possibilidade de prestação positiva para satisfazer a direito fundamental. É da Administração o ônus de demonstrar cabalmente o contrário, incluída prova do direcionamento dos meios disponíveis para a satisfação de outras necessidades essenciais. A simples alegação de alto custo não é suficiente para negar o fornecimento de medicamento de comprovada eficácia.** 5. Demonstrada a gravidade da doença e que o uso do medicamento em questão é o único tratamento indicado e, mais, que dita droga, conquanto não ponha fim à doença, possibilita ao paciente melhor qualidade de vida, deve ser deferida a pretensão ministerial. Precedente deste Tribunal (TRF - 1ª Região, AG 0005166-62.2011.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJe de 09/09/2011). 6. Em caso de surgimento de tratamento de igual eficácia e de menor custo, faculta-se à Administração a substituição, inclusive por medicamento genérico. 7. Apelações e remessa oficial a que se nega provimento.

(TRF-1 - AC: 44520420084013300 , Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 25/06/2014, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 04/07/2014)<sup>54</sup>

**MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR- RESPONSABILIDADE MUNICIPAL - RESERVA DO POSSÍVEL - ÔNUS DE PROVA DO ENTE PÚBLICO.** 1 - Em razão da autonomia federativa, compete a cada esfera de governo, enquanto gestores do Sistema Único de Saúde, o atendimento à saúde e à população, nos termos da Lei nº. 8.080/90, que determina a atuação solidária e de forma descentralizada dos entes federados. 2 - A tese defensiva da reserva do possível impõe o ônus de prova a quem a alega quanto aos seus elementos.

(TJ-MG - AC: 10111090165361002 MG , Relator: Jair Varão, Data de Julgamento: 26/06/2014, Câmaras Cíveis / 3ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 07/07/2014)<sup>55</sup>

<sup>54</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. AC: 44520420084013300 , Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Data de Julgamento: 25/06/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: 04/07/2014. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162018991/apelacao-civel-ac-44520420084013300>>. Acesso em 23.02.2015.

<sup>55</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC: 10111090165361002 MG , Relator: Jair Varão, Data de Julgamento: 26/06/2014, Câmaras Cíveis / 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/07/2014. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126513044/ap-civel-reex-necessario-ac-10111090-165361002-mg>. Acesso em 23.02.2015.

Nesse passo, também urge mencionar o Informativo/STF nº 345/2004, que encerra perante o Judiciário brasileiro tão tormentoso tema. Transcreve-se passagem lúcida do Ministro Celso de Melo, a qual se presta para revelar que o Princípio da Reserva do Possível não pode servir de pretexto para autorizar a inércia da administração pública. Veja-se o texto:

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

(...)

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”

(...)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas<sup>56</sup>.

Como visto, “não se justifica, ao legislador ou o administrador público, qualquer prática que, ao pretexto da limitação de recursos estatais, crie embaraços

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 345/2004. ADPF 45 MC/DF. Publicado em: DJU 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 23.02.2015.

ao cumprimento dos direitos no setor do núcleo básico dos Direitos Sociais<sup>57</sup>. Contudo, tem sido prática constante da administração pública tentar se esquivar de suas responsabilidades no plano de prestação dos serviços e ações de saúde, sob o argumento da inexistência de dotações orçamentárias para a realização da obrigação.

Entretanto, as escolhas sobre alocação de recursos públicos, por parte da Administração Pública, não são de todo livres, mas, pelo contrário, recebem incidência de normas constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Assim sendo, a invocação do Princípio da Reserva do Possível não pode constituir um meio para que o ente estatal se exima de cumprir as aspirações sociais insculpidas na Constituição da República.

Todas as vezes em que as pretensões de direitos subjetivos de ordem social esbarrarem na reserva do possível ou em outras objeções, deverão ser ponderadas com o valor maior da vida e da dignidade humana, sempre observando a proporcionalidade e a razoabilidade da medida, pois cumpre ao Estado garantir ao cidadão o padrão mínimo de condições materiais, no campo da saúde, como exigência precípua de uma vida digna.

---

<sup>57</sup> ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

### 3 ASPECTOS METODOLÓGICOS

Como o trabalho monográfico desenvolvido versou sobre a atuação no Poder Judiciário na concretização do direito fundamental à saúde entendeu-se que a metodologia mais adequada foi a seguinte:

A natureza da vertente metodológica teve uma abordagem qualitativa. Silvio Luiz de Oliveira<sup>58</sup> diz que:

As pesquisas que se utilizam da abordagem qualitativa possuem a facilidade de poder descrever a complexidade de uma determinada hipótese ou problema, analisar a interação de certas variáveis, compreender e classificar processos dinâmicos experimentados por grupos sociais, apresentar contribuições no processo de mudança, criação ou formação de opiniões de determinado grupo e permitir, em maior grau de profundidade, a interpretação das particularidades dos comportamentos ou atitudes dos indivíduos.

Nesse sentido, se trabalhou com a questão da efetividade do direito social à saúde e a atuação do Judiciário, analisando a materialização destes preceitos legais no mundo dos fatos. De modo que se entenda, verticalmente, a relação entre direitos sociais, como previsões normativas gerais e abstratas, por um lado, e a questão da eficácia desses direitos, por outro.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, pois, segundo Antonio Carlos Gil<sup>59</sup>,

“parte do geral e, a seguir, desce ao particular. O raciocínio dedutivo parte de princípios considerados verdadeiros e indiscutíveis para chegar a conclusões de maneira puramente formal”. Desta maneira partiremos de considerações mais gerais, como um histórico sobre a evolução do ativismo judicial no Brasil, concretizando dos direitos sociais, para depois adentrarmos em questões mais específicas como a aproximação do dever ser normativo e o ser da realidade social. Esse método é tradicionalmente definido como um “conjunto de proposições particulares contidas em verdades universais”<sup>60</sup>.

O trabalho monográfico foi desenvolvido levando em consideração o método jurídico de interpretação sistemático. Para a avaliação deste método, houve a fragmentação do seu conceito, primeiro, em respeito ao método jurídico que leva

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de Metodologia Científica**. São Paulo: Pioneira, 2002, p. 117.

<sup>59</sup> GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1987, p. 27.

<sup>60</sup> FERRARI, Alfonso Trujillo. **Metodologia da ciência**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Kennedy, 1974. p. 248.

em consideração as características próprias do Direito, o autor Perez Escobar<sup>61</sup> destaca que “[...] os métodos próprios da ciência jurídica são os de interpretação [...]. Em geral, os métodos jurídicos se referem à interpretação da lei, a integração do direito e a criação do mesmo”.

No mesmo sentido, o autor Giraldo Ángel<sup>62</sup> menciona que:

A interpretação das fontes formais do direito tem, pois, uma dupla conotação: por uma parte, se encaminha a estabelecer a totalidade dos supostos que integram as mesmas (alcance), em função do fim para o qual foram criados; em segundo lugar, busca estabelecer o significado dos termos, de acordo com o marco teórico ao qual se referem. Por isso, na linguagem cotidiana se diz que a interpretação ajuda a esclarecer o alcance e o conteúdo do ordenamento jurídico.

Em relação à conceituação do método jurídico de interpretação sistemático, Kelsen apud Olga Oliveira<sup>63</sup> afirma que:

Introduz a noção de sistema para o direito, no que se refere a sua compreensão, [...] pois ele pensa que este deve ser compreendido como um sistema para poder ser pensado criticamente. Kelsen não é o criador do método sistemático, entretanto, podemos considerá-lo como o filósofo do direito, que o fundou teoricamente, pois sua compreensão do direito como um sistema possibilita uma interpretação sistemática do mesmo.

O presente trabalho teve um caráter de pesquisa empírica, a qual buscou uma aproximação entre o sistema normativo e a realidade social. Assim sendo, procurou-se analisar o que se determina o texto constitucional ao poder público e se este é agente capaz de garantir que as prestações sociais sejam oferecidas na amplitude e qualidade necessária a satisfação dos interesses coletivos.

No que tange a classificação da pesquisa com relação ao objetivo geral, ela foi exploratória, pois se fez uma reflexão doutrinária com o objetivo principal de aprimorar ideias sobre a eficácia normativa do direito social à saúde. Considerando-se que, em se tratando de direitos a prestações positivas do Estado, a sua efetividade, não só depende da eficácia jurídica que é atribuída aos dispositivos

<sup>61</sup> ESCOBAR, Jacobo Perez. **Metodología y técnica de la investigación jurídica**. 2. ed. Bogotá: Horizontes, 1977, p. 72.

<sup>62</sup> ANGEL, Jaime Giraldo. **Metodología y técnica de la investigación jurídica**. 2. ed. Bogotá: Temis, 1980, p. 67.

<sup>63</sup> OLIVEIRA, Olga M. B. Aguiar de. **Monografia Jurídica**. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 34.

constitucionais, mas também da disponibilidade de recursos financeiros para a sua implementação, por parte dos poderes constituídos, capacitados e incorruptíveis.

Antônio Carlos Gil<sup>64</sup> afirma que:

Essas pesquisas têm como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses. Pode-se dizer que essas pesquisas têm como objetivo principal o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições.

No que diz respeito a classificação da pesquisa com relação ao procedimento técnico, ela foi bibliográfica, Lakatos e Marconi<sup>65</sup> definem da seguinte forma a pesquisa bibliográfica:

É o levantamento de toda bibliografia já publicada e que tenha relação com o tema em estudo, e sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo aquilo que foi escrito sobre determinado assunto. Esses documentos permitem ao cientista o reforço paralelo na análise de suas pesquisas ou na manipulação de suas informações (Trujillo, 1974:230). Incluem-se neste item as obras literárias em geral e a imprensa escrita. São os chamados documentos de fonte secundária.

Desta forma, a monografia desenvolvida teve como procedimento técnico de sua pesquisa o bibliográfico, pois se utilizou de fontes secundárias, livros, artigos especializados, enciclopédias, internet, jurisprudência e jornais, em virtude de estarmos lidando com informações previamente interpretadas; elementos bibliográficos já elaborados e que possuem uma reflexão prévia sobre o assunto, mostrando a atuação do Poder Judiciário nas demandas envolvendo o direito à saúde estabelecido como garantia fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A técnica de pesquisa seguida foi a da documentação indireta, pesquisa bibliográfica de fontes secundárias, pois não se teve contato direto com o objeto de estudo; buscou-se entendimentos preexistentes para a sua composição; Esta técnica foi utilizada em virtude do vasto aproveitamento bibliográfico a respeito do tema.

Conforme leciona Marconi e Lakatos<sup>66</sup>, a respeito dessa técnica:

---

<sup>64</sup> GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002. p.41.

<sup>65</sup> MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 57-58

<sup>66</sup> MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 57-58.

Toda pesquisa implica o levantamento de dados de variadas fontes, quaisquer que sejam os métodos ou técnicas empregadas. Esse material-fonte é útil não só por trazer conhecimentos que servem de background ao campo de interesse, como também para evitar possíveis duplicações e/ou esforços desnecessários; pode, ainda, sugerir problemas e hipóteses e orientar para outras fontes de coleta. É a fase da pesquisa realizada com o intuito de recolher informações prévias sobre o campo de interesse.

Na análise dos dados foi utilizada a leitura. Como explica Antônio Gil, a leitura se presta aos seguintes objetivos na pesquisa bibliográfica: a) identificar as informações e os dados constantes do material impresso; b) estabelecer relações entre as informações e os dados obtidos com o problema proposto; c) analisar a consistência das informações e dados apresentados pelos autores.

A leitura foi de suprema relevância para a formação da pesquisa, pois, através do conjunto de textos analisados detalhadamente, se chegou a produção textual final da monografia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia procurou analisar o seguinte dilema: O Poder Judiciário pode ingressar no debate voltado a políticas públicas, na área de saúde, no intuito de dar efetividade a direitos constitucionalmente protegidos? Possui o escopo de verificar se a atuação do Judiciário se pauta mais numa postura ativista, com conotação negativa, ou se trata de dar concreção aquilo que está previsto no nosso Texto Constitucional.

Buscou-se apresentar um comparativo entre o chamado Ativismo Judicial, de conotação negativa, e o Concretismo Judicial, de acepção positiva. Dessa maneira, teria-se que um Tribunal Ativista meramente deve garantir o pleno funcionamento dos canais democráticos e remeter questões sensíveis, politizadas, aos Poderes Legislativo e Executivo, verdadeiros legitimados para tal fim.

Por outro lado, tem-se com o concretismo judicial um olhar diferenciado, de que, uma vez invocada a atuação do Judiciário, este deve intervir diante do caso concreto para assegurar o cumprimento da norma com a entrega da prestação, exercendo papel fundamental no confronto à precariedade da prestação de serviços de saúde pública.

Assim, com uma Constituição que tem força normativa, com dispositivos constitucionais repletos de carga eficaz, com a força, por parte da jurisdição constitucional, na concretização de direitos fundamentais, na leitura e releitura da Constituição Federal, na existência da necessidade de ponderação entre regras, princípios, na tentativa de resolução de casos difíceis e também na aproximação entre Direito e Moral, o Judiciário deve sim se fazer presente no debate da concretização do direito fundamental à saúde.

A atuação do Judiciário brasileiro não se trata de ativismo, dentro de uma visão estereotipada, que desqualifica a sua atitude, imputando a ele um denominador negativo. Na realidade, o que se tem, são magistrados comprometidos com um catálogo de direitos constitucionais e infraconstitucionais, que coloca a saúde como um “direito de todos e dever do Estado” e que, com sua atuação, ajudam a consolidar uma cultura de exigibilidade de direitos.

Isso também reflete que mudanças na conjuntura social só podem ser feitas por meio da mobilização popular, pela luta por dignidade, que tira a sociedade

de uma postura passiva e a leva para uma atitude francamente ativa na busca por efetividade dos seus direitos.

O direito à saúde tem proteção constitucional, onde prevê que o Estado deve garantir que o cidadão goze de serviços e ações positivas que promovam a possibilidade de prevenção, cura ou convivência com doenças, estendendo o tempo de vida, de modo que permita uma existência digna.

Não se trata de defender o acesso irrestrito a quaisquer medicamentos ou tratamentos e de ignorar a existência de limites financeiros, na análise dos casos concretos. Princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade devem estar presentes.

Ademais, em determinados casos, de difícil decisão, por envolverem assuntos alheios à ciência jurídica, seria ideal o aporte de outras áreas do conhecimento para que se componha os fundamentos jurídicos de uma decisão, pois, quando se ingressa nesse tipo de debate, o magistrado vai precisar de elementos informacionais dos quais, em regra, não dispõem: princípios ativos de medicamentos, possibilidade de uso de genéricos, novos recursos médicos, protocolos clínicos, diretrizes terapêuticas que se consideram mais adequadas à determinada enfermidade, disponibilidade de tratamento pelo SUS, disponibilidade orçamentária. Isso não é ensinado nos bancos da faculdade de Direito.

Então, o magistrado deve fazer seu juízo de valor por meio de um estudo apurado do caso concreto, instruir o feito, recebendo autoridades de outras áreas, gestores públicos, profissionais da área da saúde, agregando informações múltiplas e variadas sobre prismas diferenciados, para que as decisões emanadas pelo Judiciário não sejam consideradas absurdas.

Para que se tenha a existência concreta do que está disposto na Constituição é necessário que haja uma reorganização das prioridades nacionais, tanto no âmbito de Estado como de sociedade. É fundamental que cada um faça sua parte: ao Estado cabe aprimorar suas políticas para um melhor cumprimento da sua função social, aprimorando a sua gestão democrática, para que a escassez de recursos seja bem administrada e assim se dê máxima efetividade as políticas sociais voltadas a garantia do direito à saúde.

Dessa maneira, quando se defere, por exemplo, o acesso a medicamentos gratuitos pelo Sistema Único de Saúde, cuja previsão em lista editada pelo Ministério da Saúde ou não padronizada pela Portaria que regulamenta

os Medicamentos excepcionais, não ocorre, o que o Judiciário faz é impor que o Poder Executivo olhe para aquele cidadão desassistido e numa elaboração futura dessas listas perceba a medida das necessidades sociais.

O que se encontra hoje no cenário brasileiro é uma jurisprudência rica, voltada para a proteção dos direitos do cidadão, o que demonstra a importância do Judiciário como poder contramajoritário capaz de concretizar direitos fundamentais, na medida em que, com sua atuação, introduz aquele grupo que foi rejeitado do processo político de volta, consagrando o ideal de democracia constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ARISTÓTELES, **A Política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-d-ez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica#autores](http://www.conjur.com.br/2008-d-ez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica#autores)>. Acesso em: 10.02.2015

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T., AgRE 273834-4-RS, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 31.10.2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087069/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-2944-pb>>. Acesso em: 11.01.2015.

\_\_\_\_\_. ARE 727864 PR. Min. Celso de Melo. Julgamento: 09/09/2014. DJe-180 DIVULG 16/09/2014 PUBLIC 17/09/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE727864.pdf>>. Acesso em: 09.01.2015.

\_\_\_\_\_. RE 643435 RS. Min. Luiz Fux. Julgamento: 18/03/2013. DJe-054 Divulgado: 20/03/2013 Publicado: 21/03/2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23079930/recurso-extraordinario-re-643435-rs-stf>. Acesso em: 20.11.2014.

\_\_\_\_\_. RE 566471/RN. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 15/11/2007. DJe-157. Divulgado: 05/12/2007. Publicado: 07.12.20017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000040&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 1.2.2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T., AgRE 273834-4-RS, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 31.10.2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087069/agreg-na-suspensao-de-seguranca-ss-2944-pb>>. Acesso em: 11.01.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RMS: 44502 GO 2013/0407753-6, Relator: Ministro Og Fernandes. Data de Julgamento: 18/06/2014, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 25/06/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25167471/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-44502-go-2013-0407753-6-stj>>. Acesso em: 01.02.2015. em: 1.2.2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. CJ: 10532628 PR 1053262-8 (Acórdão), Relator: Luiz Mateus de Lima, Data de Julgamento: 23/07/2013, 5ª

Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1160 null. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25145819/conflito-de-jurisducao-cj-10532628-pr-1053262-8-acordao-tjpr>>. Acesso em 02.02.2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra [Portugal]: Livraria Almedina, 2000.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 19/33.

COSTA, Kerton Nascimento e; LEHFELD, Lucas de Souza. A intervenção do Poder Judiciário na Administração de Recursos destinados à garantia do direito coletivo à saúde: ativismo ou concretismo judicial?. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 21.85. outubro/dezembro. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 495.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Editora Juspodivm.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FILHO, Agassiz Almeida; BARROS, Vinícius Soares de Campos (organizadores). **Novo Manual de Ciência Política**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008 - Capítulo II. A política em Aristóteles: Influxos na modernidade. – Agassiz Almeida Filho e Fábio Henrique Rodrigues Sousa.

GUERRA, Gustavo Rabay. A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível: - Página 2/3. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1047, 14 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8355>>. Acesso em: 9 fev. 2015.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; Madison, James. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. pag. 295

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez: o outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/component/docman/docdownload/188-ativismo-ou-altivez-o-outro-lado-do-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 10.02.2015

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas

públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**. Ano 5. N. 18. Julho/Setembro. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do direito natural à vida. **Revista dos Tribunais**. Ano 76. São Paulo: Revista dos Tribunais. Set., 1987. p. 27/28. Vol. 623

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial: limites e possibilidades da jurisdição constitucional. **Revista de Direito Constitucional Internacional**. Ano 21.84. São Paulo: Revista dos Tribunais. Julho-Setembro, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BLANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, Polyana Santana. **Direito à saúde: O problema da eficácia das normas constitucionais e da exigibilidade judicial dos direitos sócias**. Caderno Virtual nº 24, v. I, jul – dez/2011. IDP. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/620/418>>. Acesso em: 12.01.2015.

REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. *In*: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (coords.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A Defesa da Saúde em Juízo**. Teoria e Prática. São Paulo: Editora Verbatim, 2009

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET. Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juizes”**. Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet. Curitiba, Ano V, 2014, Disponível em:<[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf)>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Descomplicado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

PEREIRA, Daniel Nunes; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Supremacia Judicial e superego na Justiça Constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 21.85. outubro/dezembro. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 20.81. outubro/dezembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PINHEIRO, Aline. Ayres Britto: Juiz deve fomentar juridicamente anseios sociais. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://blogdorabay.wordpress.com/2010/02/22/ayres-britto-juiz-deve-formatar-juridicamente-anseios-sociais/>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2015.