

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB**

**CAMPUS DE CAMPINA GRANDE**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ**

**CURSO DE DIREITO**

**FRANCISCO DE MORAIS SILVA**

**DIREITO À SAÚDE E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO SEU  
IMPLEMENTO**

**CAMPINA GRANDE – PB  
2011**

**FRANCISCO DE MORAIS SILVA**

**DIREITO Á SAÚDE E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO SEU  
IMPLEMENTO**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba - UEPB como um dos requisitos básicos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira**

CAMPINA GRANDE – PB  
2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S586d Silva, Francisco de Moraes.  
Direito à saúde e o papel do poder judiciário no seu  
implemento [manuscrito] / Francisco de Moraes Silva .–  
2011.  
52 f.  
Digitado.  
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito)  
– Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências  
Jurídicas, 2011.  
“Orientação: Profa. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de  
Oliveira, Departamento de Direito Privado”.

1. Direito 2. Poder público 3. direito à saúde I. Título.

21. ed. CDD 340

FRANCISCO DE MORAIS SILVA

**DIREITO Á SAÚDE E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO  
SEU IMPLEMENTO.**

Monografia apresentada ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba - UEPB como um dos requisitos básicos para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 23 / 05 / 2011



---

Prof.ª Doutora Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira / UEPB  
Orientadora



---

Prof. Mestre Herry Charriery da Costa Santos / UEPB  
Examinador



---

Prof. Especialista Cláudio Simão de Lucena Neto / UEPB  
Examinador

Dedico este trabalho a memória do meu pai, Nilson da Silva Rocha, minha inesgotável fonte de inspiração, e a minha esposa Aléia e a minha filha Ana Júlia, que estiveram sempre ao meu lado nos momentos que mais precisei, incentivando-me a concluir este trabalho.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, pai de infinita bondade e misericórdia, e razão maior de toda a minha existência.

À professora Dr<sup>a</sup>. Flávia de Paiva Medeiros pela dedicação ao longo dessa orientação.

A minha mãe, Inaura Alice de Moraes Silva, aos meus irmãos José Cléber e Gustavo, pelo apoio e pela compreensão por minha ausência nas reuniões familiares.

Aos professores do Curso de Bacharelado em Direito da UEPB, em especial, Severiano Pedro, Ricardo Vital, Harrison Targino, Alexandre Salema, Socorro Agra, Romero Marcelo, Cláudio Lucena, Herry Charriery, Hélio Santa Cruz, Noel Crisóstomo, Cláudio Pedrosa, Plínio Nunes, Jardon Maia e João Batista (*in memoriam*), que contribuíram não só com lições acadêmicas para o desenvolvimento desta pesquisa, mas também com lições de vida que mim marcaram de forma indelével e as quais carregarei para onde for.

Aos funcionários da UEPB pela presteza e atendimento quando nos foi necessário, em especial Yang, Naldo e Luís.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio, em especial a: Gilmaro Geraldino, Ducinéia, Joab, Ronildo, Agricélia e José de Anchieta.

*“O homem se torna mais, fazendo com que o mundo seja mais e combatendo sem tréguas para o impedir de ser menos.”*

*Padre Lebrez*

## RESUMO

O implemento do direito à saúde por meio de decisões do Poder Judiciário, que obriga os Poderes Públicos a implementá-lo, tornou-se, perante estes, grande fonte de tensão. Analisar a atuação criteriosa e balizada do Poder Judiciário no implemento desse direito é o motivo deste trabalho. A Constituição Federal de 1988 inovou no cenário jurídico brasileiro ao constitucionalizar o direito à saúde. A natureza prestacional desse direito revela a necessidade de providências estatais organizadas com a finalidade de prestar aos que necessitam desse serviço. Estabelecer um nível mínimo de saúde é uma tarefa tanto árdua quanto alcançável. É certo que não há como o Poder Público conceber um sistema de saúde capaz de atender a todas as demandas da população brasileira de forma a abarcar todos os serviços em virtude, e não se pode negar, da existência das contingências econômicas e financeiras. De outro lado, não dispõe a sociedade de recursos suficientes para custear os altos valores cobrados por aqueles que prestam o serviço de saúde, ela necessita, portanto, de uma atuação eficaz do Poder Público, nessa área, que poderia iniciá-la pela execução das políticas públicas já existentes. Parâmetros devem ser estabelecidos para concretizar o direito à saúde dos indivíduos que não atendidos pelo Estado, numa demanda prestacional de saúde, buscam a tutela jurisdicional. A questão se coloca quando se vai para o plano prático, para saber quais e em que medida as prestações podem ser exigidas e até onde pode o Judiciário conceder e fazer concretizar tal direito em face do Poder Público. Alguns critérios doutrinários e jurisprudenciais podem contribuir para a questão, como o princípio da dignidade humana e o conceito de mínimo existencial utilizados para subsidiar o aplicador do direito no caso concreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à Saúde. Poder Público. Judiciário. Efetivação.



## ABSTRACT

The implement of the right to health by the means of decisions of the judiciary, which obliges the public authorities to implement it, became before the later a great source of tension. Carefully analyze the performance and guided the judiciary in the implement that right is the reason this work. The Federal Constitution of 1988 innovated the Brazilian juridical scenario by constitutionalizing the right to health. The prestacional nature of this right, reveals the need for state providences aiming at providing this service for those in need. To establish a minimum level of health is an arduous task as well as achievable. It is widely known that there are no means of the public authorities to conceive a health system capable of fulfill all the demands of the Brazilian population in such a way that covers all the proper services, taking into account, the existence of economic and financial contingencies. On the other hand, the society cannot afford the high prices charged by those who provide health services, it therefore needs an effective performance of the public authorities in this area that it could start the implementation of existing public policies. Parameters should be established to materialize the right to health to the individuals whose health services are not paid for by the State, in a prestacional demand to health, they search for judicial custody. The question arises when the practical level is highlighted, to know which and the extent to which benefits may be required and how far the judiciary can guarantee and implement such law in the face of public authorities . Some doctrinal and jurisprudential criteria may contribute to the issue, as the principle of human dignity and the concept of existential minimum used to provide the investor the right in this case.

**KEY WORDS:** Right to Health. Public Authorities. Judiciary. Effectuation.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 CONCEITO E HISTÓRIA DO DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>12</b>
2.1 O que é direito á saúde? .....	12
2.2 Do direito á saúde .....	13
2.3 O direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988 .....	15
<b>3 A EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL SAÚDE .....</b>	<b>19</b>
3.1 Programaticidade das normas sociais .....	19
<b>4 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS E DIREITOS LIGADOS À SAÚDE .....</b>	<b>28</b>
4.1 Conceito de princípios .....	28
4.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial .....	29
4.3 O mínimo existencial à saúde .....	31
4.4 O princípio da reserva do possível .....	32
<b>5 ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA CONSECUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>35</b>
5.1 Breve incursão introdutória .....	35
5.2 Limites de atuação do judiciário referentes ao direito à saúde .....	37
5.3 Alguns critérios encontrados na jurisprudência do STF no que se refere à aplicação do direito à saúde .....	40
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>47</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A efetivação do direito social saúde através de decisões judiciais que obrigam os Poderes Públicos, responsáveis por essa efetivação, a prestá-lo, é, atualmente, uma grande fonte de tensão perante esses Poderes.

O presente trabalho monográfico visa tratar do papel do Poder Judiciário nessa efetivação, mostrando alguns critérios, norteadores da atuação jurisdicional, lançados em recente decisão do Supremo Tribunal Federal em Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, refutando, dessa forma, a crítica formulada no sentido de que esse tipo de atuação jurisdicional, denominada por alguns de “judicialização da saúde”, estaria criando políticas públicas, e adentrando na competência do Poder Executivo e Legislativo.

A relevância deste trabalho está na inter-relação entre o direito à saúde e o direito à vida, sendo esta condição primeira para eficácia prática do princípio da dignidade humana.

Outro fato que realça o objeto deste trabalho é a grande quantidade de ações que chegam aos nossos tribunais diariamente pleiteando que os Poderes Executivos sejam obrigados a conceder prestações de saúde em forma de medicamentos, reserva de leitos em Unidades de Terapia Intensiva, órteses, próteses e outros insumos. O que requer do nosso judiciário uma análise cuidadosa do caso concreto para a lavratura de uma decisão que concilie o direito pleiteado com os limites orçamentários do Estado denominado de reserva do possível.

Essa avalanche de ações judiciais, dentre outros fatores, é fruto da Constituição Federal de 1988 que inovou no cenário jurídico brasileiro ao constitucionalizar o direito à saúde, ela traz no seu texto vários artigos relacionados ao direito à saúde dentre eles destacamos o art. 6º que inclui o direito a saúde no rol dos direitos sociais, bem como o art. 196, *in verbis*: “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 a sua promoção, proteção e recuperação”, o que possibilita uma boa fundamentação jurídica dessas ações judiciais.

Como o direito à saúde requer, conforme a Constituição, para o seu implemento, prestações materiais por parte dos Poderes Públicos passou-se a criticar até sua condição de direito fundamental. E cada vez que é acionado judicialmente, os Poderes Públicos, alegam, para afastarem o ônus de prestá-los, as contingências financeiras e econômicas (princípio da reserva do possível) e a programaticidade da norma prevista no art. 196 da Constituição

Federal, ou seja, a dependência de legislação infraconstitucional para efetivação plena desse direito.

As contingências de recursos financeiros e econômicos é um fato que não se pode negar, da mesma forma não se pode negar que o Estado gasta mal os recursos que dispõe, apesar do aumento da arrecadação, bem como o fato de o direito à saúde ser uma norma programática não impede a Administração de ser obrigada a conceder um mínimo de prestações de saúde sob pena de tornar a norma constitucional numa promessa inconsequente.

Sopesando esse contexto e através da análise criteriosa do caso concreto apresentado o Judiciário no exercício de seu papel constitucional estará apto a resolver as lides que envolvam o direito á saúde.

Para acomodar os argumentos, acima, estruturamos o presente trabalho iniciando pelas dificuldades que cercam a conceituação do direito á saúde e sua normatização jurídica na Constituição Federal de 1988.

Após, tratamos da programaticidade das normas de direito social, para em seguida analisarmos os principais princípios e direitos ligados á saúde, tais como, princípio da dignidade da pessoa humana, direito ao mínimo existencial, a saúde tida como mínimo existencial e o princípio da reserva do possível, elementos dos quais o aplicador do direito não pode se afastar no momento de decidir as ações judiciais que envolvam o direito objeto deste trabalho.

Por fim, analisamos os limites e critérios que enredam o Judiciário na consecução do direito social saúde.

## **2 CONCEITO E HISTÓRIA DO DIREITO À SAÚDE.**

### **2.1 O que é direito à saúde?**

Antes de adentrarmos especificamente na matéria direito à saúde há que se delimitar o seu conceito. Surge então a primeira dificuldade, pois durante a história da humanidade muito já se escreveu a respeito da conceituação da saúde. Hipócrates (1950), filósofo grego que viveu no século IV a.C., refere à influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde e afirma que o médico não cometerá erros ao tratar as doenças de determinada localidade quando tiver compreendido adequadamente tais influências. Do mesmo modo, Paracelso (1941), médico e alquimista suíço-alemão que viveu durante a primeira metade do século XVI, salientou a importância do mundo exterior (leis físicas da natureza e fenômenos biológicos) para a compreensão do organismo humano. Devido a sua experiência como mineiro, pôde mostrar a relação de certas doenças com o ambiente de trabalho. Também Engels (1986), filósofo alemão do século XIX, estudando as condições de vida de trabalhadores na Inglaterra, nos albos da Revolução Industrial, concluiu que a cidade, o tipo de vida de seus habitantes, seus ambientes de trabalho, são responsáveis pelo nível de saúde das populações.

Observa-se que estes estudiosos tinham no meio externo que cercava os indivíduos o grande responsável pelas causas das doenças que os afligiam.

Porém, outra corrente de pensamento evoluiu no sentido de dizer que saúde era a ausência de doenças. Pode-se encontrar a origem de tal corrente nos trabalhos do filósofo francês do início do século XVII, Descartes, que ao identificar o corpo humano à máquina acreditou poder descobrir a causa da conservação da saúde.

Nessa linha de evolução, o século XIX enfatizou o caráter mecanicista da doença. Sob o domínio da máquina, a sociedade industrial procurou explicar a doença como sendo o defeito na linha de montagem que exigia reparo especializado. Exatamente nesse momento os trabalhos de Pasteur (1876) e Koch (1912) provam a teoria sobre a etiologia específica das doenças e fornecem, então, a causa que explica o defeito na linha de montagem humana.

O ambiente social do fim do século XIX e primeira metade do século XX, auge da Revolução Industrial, propiciou o debate entre as duas grandes correntes que buscaram conceituar a saúde. De um lado, grupos marginais ao processo de produção que viviam em condições de vida miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à

moradia. A incidência de tuberculose, por exemplo, era acentuadamente mais elevada nas camadas sociais com menos renda. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças. Com efeito, as drogas aperfeiçoadas, adequadamente empregadas, resultaram na cura de várias doenças, salvando muitas vidas.

A intervenção de fatores políticos foi, contudo, aparentemente o marco final de tal debate. A experiência de uma Grande Guerra apenas 20 anos após a anterior, provocada pelas mesmas causas que haviam originado a predecessora e, especialmente, com capacidade de destruição várias vezes multiplicadas, forjou um consenso. Carente de recursos econômicos, destruída sua crença na forma de organização social, alijada de seus líderes, a sociedade que sobreviveu a 1944 sentiu a necessidade iniludível de promover um novo pacto.

Tal pacto, personificado na Organização das Nações Unidas, fomentou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao mesmo tempo em que incentivou a criação de órgãos especiais dedicados a garantir alguns desses direitos considerados essenciais aos homens. A saúde, reconhecida como direito humano, passou a ser objeto da Organização Mundial de Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), assim a conceitua: "Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença".

Observa-se, então, o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels. A aceitação da influência decisiva do meio sobre a saúde, porém, não impediu o exercício da crítica da conceituação proposta pela OMS. Especialmente os trabalhadores sanitários a questionaram afirmando que ela corresponde à definição da felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar-se e que, além disso, ela não é operacional. Uma crítica recente, feita por Dejours (1986), termina concluindo que o estado de completo bem-estar não existe, mas, que a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado.

## **2.2 Do direito à saúde**

O termo “direito” comporta várias acepções como veremos por isso sua análise semântica é complexa. De fato, a palavra direito refere-se a um ramo do conhecimento humano — a ciência do direito —, ao mesmo tempo em que esclarece seu objeto de estudo: o direito, um sistema de normas que regulam o comportamento dos homens em sociedade.

Muitas vezes se emprega a palavra direito em sentido axiológico como sinônimo de justiça e muitas outras em sentido subjetivo, é o meu direito; trata-se, como ensina Reale (1995, p. 63), da "regra de direito vista por dentro, como ação regulada". Kelsen (1985), filósofo do direito alemão, partindo da análise linguística chega à conclusão de que o significado da palavra *Recht* (direito, em alemão) e de suas equivalentes em outros idiomas (*Law*, *Droit* e *Diritto* para o inglês, francês e italiano, respectivamente) é o mesmo, ou seja, ordens de conduta humana.

O termo é empregado com seu sentido de direito subjetivo na reivindicação do "direito à saúde". Todavia, a referência à regra de direito vista por dentro implica necessariamente a compreensão do direito como regras do comportamento humano em sociedade.

De fato, as normas jurídicas representam as limitações às condutas nocivas para a vida social. Assim sendo, a saúde, definida como direito, deve inevitavelmente conter aspectos sociais e individuais.

Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção. As pessoas devem ser livres para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão entre outros. Note-se, porém, que ainda sob a ótica individual o direito à saúde implica a liberdade do profissional de saúde para determinar o tratamento. Ele deve, portanto, poder escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada.

É óbvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde, enquanto direito subjetivo, depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento. Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade.

É claro que enquanto direito coletivo, a saúde depende igualmente do estágio de desenvolvimento do Estado. Apenas o Estado que tiver o seu direito ao desenvolvimento reconhecido poderá garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo.

O direito à saúde ao apropriar-se da liberdade e da igualdade caracteriza-se pelo equilíbrio instável desses valores. A história da humanidade é farta de exemplos do movimento pendular que ora busca a liberdade, ora a igualdade. Os homens sempre tiveram a consciência de que para nada serve a igualdade sob o jugo do tirano e de que a liberdade só existe entre iguais. Tocqueville (1977), compreendendo as causas profundas do movimento pendular da história, entendendo que a liberdade é um processo, um objetivo a ser alcançado em cada geração, estabeleceu a premissa de que as nações de hoje em dia não poderiam impedir que as condições fossem iguais em seu seio, mas depende do atuar delas as consequências da igualdade, que poderá conduzi-las à servidão ou à liberdade, às luzes ou à barbárie, à prosperidade ou à miséria. Também o direito à saúde será ou não garantido conforme a participação dos indivíduos no processo.

### **2.3 O direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988**

A Constituição Federal de 1988 é um marco no que diz com a positivação das garantias individuais dos cidadãos, bem como, e não menos importante, dos direitos sociais, dentre eles o direito prestacional saúde. Nesse sentido:

A consagração constitucional do direito fundamental à saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais, certamente pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a liga, nesse ponto, ao constitucionalismo de cunho democrático-social desenvolvido, sobretudo, a partir do pós-II Guerra (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Entretanto, antes da Constituição Cidadã de 1988, a proteção do direito à saúde era diversa e baseava-se em algumas normas esparsas conforme leciona Sarlet e Figueiredo:

Antes de 1988, a proteção do direito à saúde ficava restrita a algumas normas esparsas, tais como a garantia de “socorros públicos”, (Constituição de 1824, art. 179, XXXI) ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, art. 113, *caput*).

Em geral, contudo, a tutela (constitucional) da saúde se dava de modo indireto, no âmbito tanto das normas de definição de competências entre os entes da Federação, em termos legislativos e executivos (Constituição de 1934, art. 5º, XIX, “c”, e art. 10, II; Constituição de 1937, art. 16, XXVII, e art. 18, “c” e “e”; Constituição de 1946, art. 5º, XV, “b” e art. 6º; Constituição de 1967, art. 8º, XIV e XVII, “c”, e art. 8º, § 2º, depois transformado em parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 01/1969), quanto das normas sobre a proteção à saúde do trabalhador e das



disposições versando sobre a garantia de assistência social (Constituição de 1934, art. 121, § 1º, “h”, e art. 138; Constituição de 1937, art. 127 e art. 137, item 1; Constituição de 1946, art. 157, XIV; Constituição de 1967, art. 165, IX e XV) (Ibid., 2008).

A Carta Magna de 1988 apresenta diversos dispositivos que tratam expressamente da saúde, tendo sido reservada, ainda, uma seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social. O art. 6º informa que a saúde é um direito social. No artigo 7º há dois incisos tratando da saúde: o IV, que determina que o salário-mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, entre outras, e o XXII, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. De acordo com o art. 23, inc. II, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde. Pelo artigo 24, inc. XII, a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Ressalte-se que os Municípios, por força do art. 30, inc. I, também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde, no atual estágio, está, em grande parte, municipalizada. O art. 30, inc. VII confere aos Municípios a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Por força da Emenda Constitucional 29, de 13/9/2000, foi acrescentada a alínea “e” ao inc. VII do art. 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. A mesma Emenda Constitucional, modificando o inc. III do art. 35, previu a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, na hipótese de não ser aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Ressalvou-se, ainda, por força da EC 29/2000, que a vinculação de receitas de impostos não se aplica à destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, inc. IV). De acordo com o artigo 196 a saúde passou a ser considerada como 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. O artigo 197 reconheceu que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita

diretamente ou por intermédio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Ressalve-se que o art. 129, inc. II, atribui ao Ministério Público à função de zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública, executados com vistas a atender aos direitos garantidos na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, o que denota a preocupação do constituinte em dar efetividade ao direito à saúde, já que o considerou expressamente como um serviço de relevância pública.

O art. 198 formulou a estrutura geral do sistema único de saúde, considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade. Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º). Pelo art. 199, foi facultada à iniciativa privada a assistência à saúde, podendo as instituições privadas participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§1º), vedando a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (§2º), bem como a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (§3º).

No artigo 200, exhaustivamente, foi feita a enumeração das atribuições do sistema único de saúde, a saber: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O art. 208, inc. VII, incluiu a assistência à saúde entre os programas destinados a suplementar a educação no ensino fundamental.

No artigo 220, §3º, inc. II, há a previsão da possibilidade de, por meio de lei federal, ser restringida a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. O art. 227 determinou que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito à saúde. A participação de entidades não-governamentais na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, determinando ainda a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil ficou estabelecido no §1º.

Por fim, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias também possui algumas regras tratando da saúde, como a do art. 53, inc. IV, que assegurou aos ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial e seus dependentes a assistência médica e hospitalar gratuita, e outras regras que, em geral, preveem percentuais mínimos de alocação de recursos para o setor de saúde (art. 55, 77 e outros) ou tratam do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza, criado pela Emenda Constitucional n. 31, de 14/12/2000, que tem como objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Vê-se, pois, uma nítida evolução da normatização constitucional do direito à saúde. No início, o que havia eram normas esparsas a respeito desse direito já com o advento da Constituição Federal de 1988 observa-se uma série de dispositivos constitucionais que guarnecem de forma mais efetiva o direito social saúde. Entretanto, apesar do avanço, muitos dispositivos constitucionais, ainda, necessitam de regulamentação infraconstitucional para adquirirem eficácia plena, o que não os afastam da análise pelo Poder Judiciário, como veremos adiante.

### 3 A EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL SAÚDE

#### 3.1 Programaticidade das normas sociais

As normas programáticas fizeram incorporar na categoria dos direitos fundamentais, como as liberdades públicas tão em foco no Estado Liberal, os direitos sociais envolvidos em normas de conteúdo ético-social as quais passam a disciplinar programa de ação estatal intervencionista.

A mudança de paradigma – Estado Liberal para Estado Social – repercutiu drasticamente na transformação do Estado que abandonou uma postura inerte para tornar-se intervencionista. E o Estado intervencionista traduziu-se no campo constitucional através da incorporação de preceitos de política econômica e social, com programas de ação voltados a proteger os indivíduos das distorções econômicas decorrentes da prática dessas políticas altamente excludentes.

Nesse sentido, o Estado deveria interferir na vida econômica, social e cultural dos indivíduos através de prestações positivas e políticas públicas que visam assegurar a segurança social do trabalhador, seja através de um salário digno, da liberdade de associação sindical, do direito à saúde, à participação nos lucros da empresa, entre outros.

As constituições tornam-se dotadas de conteúdo social, ou seja, passam a contemplar dispositivos que definem fins e programas do Estado para a consecução da proteção social do trabalhador. Porém, nos dizeres de Ferrari:

as constituições passam a dirigir as ações do Estado, o que nem sempre tem sido veiculado mediante normas precisas, dotadas de todos os elementos necessários para incidir; ao contrário, no mais das vezes, o enunciado de suas normas é dotado de grande imprecisão, o que vem comprometer sua eficácia e aplicabilidade (FERRARI, 2001, p. 157).

Esse modo de regular a atividade estatal, ou seja, a indicação de programas e fins sociais inseridos em normas de grande imprecisão, como esquemas genéricos a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários é o que Silva (1999, p. 137) denomina de “normas constitucionais de princípio programático”.

Como conceito, Teixeira apud Silva, concebe as normas programáticas:

como aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programa das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (Ibid., p. 138).

Ou nos dizeres de Miranda citado por Pimenta:

regras jurídicas programáticas são aquelas que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à função legislativa (MIRANDA, 1987 apud PIMENTA, 1999, p. 136).

Ainda a nível conceitual Crisafulli apud Ferrari afirma que tais normas:

ao invés de regularem, desde o primeiro momento, de modo direto e imediato, determinadas relações e situações (às quais, entretanto, se referem) regulam comportamentos públicos destinados por sua vez a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem que os agentes governamentais deverão ou poderão fazer (e, inversamente, o que não poderão fazer) relativamente a determinadas matérias (CRISAFULLI, 1952 citado por FERRARI, 2001, p. 178-179).

Assim, as normas programáticas são normas jurídicas onde o legislador não regula imediatamente um objeto ou interesse certo, mas estabelece para si ou para particulares um programa de ação para dar aplicabilidade àquele objeto, do qual não poderão afastar-se.

Ainda nesse aspecto, o tipo normativo onde estão inseridas as normas programáticas define os fins sem mencionar os pressupostos de fato, ou seja, não dizem como e quando se deve atuar para o atingimento do fim prescrito na regra. Não define a conduta a ser seguida para a obtenção da satisfação do bem jurídico, dotando o Administrador de ampla margem de discricionariedade para escolher os meios adequados para consumir-se o fim. Dessa forma, as matérias referidas em tais normas não teriam eficácia imediata, pois se comporiam de princípios e programas de ação que, no entanto, são imperativos aos Poderes Públicos que têm liberdade em adotar condutas e comportamentos para o alcance dos fins programados. Assim, os meios são diversos, mas a discricionariedade na escolha da conduta não contempla o não fazer.

As normas programáticas localizam-se principalmente entre os direitos sociais tratados nas Constituições contemporâneas, marcadas pelo compromisso do Estado Social Intervencionista. Além disso, as normas constitucionais programáticas revelam as tendências socioculturais de uma determinada comunidade, eis que projetam a identidade dessa comunidade e a sua conformação político-social, segundo Ferrari (2001).

Vale acentuar que não mais se discute sobre o valor jurídico das normas programáticas, que é igual aos das demais normas da Constituição. São vinculantes em consequência da sua fonte formal que é a Constituição. Não se questiona a imperatividade das normas programáticas, mas sim a sua efetividade.

Nesse sentido, por traduzirem programas sociais de conteúdo subjetivo e sem aplicação imediata, muito se discutiu na doutrina sobre o problema da eficácia das normas constitucionais programáticas, valendo em um primeiro momento a visão de que tais normas,

por dependerem da emissão de uma normatividade futura, não sejam autêntico direito de imediata aplicação. Ou como concebido por Canotilho (1999, p. 139) que as entendem como “linhas programáticas dirigidas ao legislador, e não como autênticas normas jurídicas imediatamente preceptivas e directamente aplicáveis pelos tribunais ou quaisquer outras autoridades”.

A crítica valeu-se também da ideia de que as normas programáticas não criam para o indivíduo um direito subjetivo na versão positiva, mas apenas um direito subjetivo no aspecto negativo, posto que ao cidadão somente compete exigir uma atuação negativa do legislador no sentido de não editar normas que contraponham ao programa de ação conforme Barroso (2001).

Tal ideia de inoperância agrava-se ainda em razão de incorporar normas definidoras de direitos sociais, notadamente de caráter abstrato e incompleto, com densidade normativa baixa.

Mas é exatamente sob essa premissa – normas que definem direitos fundamentais sociais – que vem tomando força uma nova visão sobre a eficácia das normas programáticas, considerando-se um compromisso assumido nas constituições liberais entre as forças políticas e as reivindicações populares.

O Estado Liberal individual, em repúdio ao Estado Absolutista, e fundado no programa político do *laissez faire* que propugnava por uma igualdade formal, positivou nas Constituições liberais os direitos fundamentais destacando-se entre eles os direitos econômicos, sociais e culturais dando um primeiro passo a solidificação de um compromisso entre os Poderes Públicos e as camadas populares.

Tal compromisso tornou-se mais evidente no Estado Social Intervencionista e atualmente no Estado Democrático de Direito onde convivem normas e princípios imperativos que formam o sistema jurídico voltado ao bem estar social.

No exemplo constitucional brasileiro, destacando a Constituição de 1988, temos princípios informadores da ordem econômica – função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, busca do pleno emprego - que se harmonizam para a realização da justiça social e para assegurar a dignidade da pessoa humana, que é o princípio norteador das atividades dos Poderes constituídos. Nesse sentido, por consagrar direitos fundamentais, as normas de direitos sociais, vistos agora como norma jurídica de caráter imperativo, não mais podem ser vistas como meros programas de atuação legislativa ou executiva, mas sim como princípios impositivos e coercitivos da ordem econômica e social.

Sem dúvida, há vinculação da atividade estatal (executivo, legislativo, judiciário) ao conteúdo das normas programáticas, inobstante o fato de que estas, por vezes, necessitam de normatização posterior.

Com efeito, o fim indicado pela norma programática cria um dever para o Estado, ou mesmo para o particular, e sua inobservância importará no descumprimento da norma. Os direitos à saúde, assistência social e educação, por exemplo, tratados respectivamente nos artigos 196, 203 e 205 da Constituição Federal de 1988, não deixam de criar um dever jurídico para o Estado mesmo se não adotados os meios materiais e institucionais indicados no texto constitucional. Assim, criam um direito subjetivo mesmo que o grau de eficácia seja reduzido.

Nos dizeres de Barroso citado por Piovesan:

modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e a acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua tríplice tipologia. É puramente ideológica e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe a efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade [sic] plena, vem sendo positivada nas Cartas políticas mais recentes, como se vê do artigo 2º da Constituição Portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (BARROSO, 1993 apud PIOVESAN, 1995, p. 63).

Assim, por definir direitos fundamentais sociais, a programaticidade passou a admitir efetividade, sujeita, no entanto, a certa dose de discricionariedade do legislador que por vezes precisa ser acionado para integrar a norma que necessite de complementação legislativa para tornar-se efetiva e apta a produzir efeitos concretos.

Sobre o tema válida a contribuição de Crisafulli citado por Ferrari (2001) que lhes sustentou a juridicidade (e a eficácia, ainda que reduzida), argumentando que enunciam verdadeiras normas jurídicas e, por isso, são tão preceptivas como as outras; regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre as matérias que lhes são objeto, sendo, nesse limite, vinculantes, como consequência da eficácia formal prevalecente da fonte (a constituição), no que respeita as leis ordinárias, pelo que estas, se anteriores e contrárias, ficam invalidadas; se posteriores e conflitantes, são inconstitucionais.

Assim, incumbe ao Estado observar e atender o comando diretivo da norma programática, cuja adesão não é facultativa, mas, ao contrário, obrigatório e vinculativo, e a sua inobservância gera até mesmo a inconstitucionalidade por omissão.

Para Canotilho citado por Silva (1999, p. 144), as normas programáticas regulam comportamentos públicos e são tão eficazes como qualquer outra norma. A sua disciplina [acrescenta] “é obrigatória e as diretivas por ela definidas, longe de serem meros convites para

legislar, assumem o caráter de verdadeiras imposições constitucionais de ‘atividade legiferante’”.

Nesse sentido, os comandos e fins positivados em normas programáticas são imperativos e a fonte desta imperatividade é a própria Constituição. Se as providências institucionais para a completa realização dos objetivos destas normas não forem tomadas, deve-se fazer uso dos instrumentos processuais como a inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção. Mas isso não retira a eficácia destas normas, admitindo-se, contudo, um grau menor de eficácia, ou um mínimo de eficácia, dado a vinculação a uma normatização futura.

Abandonando, portanto, a teoria clássica e aderindo a teoria contemporânea, as normas programáticas deixam de ser encaradas como simples programas, declarações, promessas futuras ou apelo ao legislador, passando a ter valor jurídico imperativo idêntico a outras normas da Constituição, até porque encerram direitos fundamentais sujeitos ao princípio da máxima efetividade (Art. 5º, § 1º, CF/88).

Ainda como rebate a crítica da ineficácia, finaliza Silva:

Qualquer que seja, porém, a expressão utilizada, o certo é que sua vinculatividade vem sendo mais e mais reconhecida. Significa que o fato de dependerem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos (Ibid., p. 155).

Nesse sentido, se for ferida a prospecção futura em relação ao comportamento do Poder Legislativo ao editar leis integradoras, manifesta-se inconstitucional a lei criada, estabelecendo um dever de agir para o legislador ordinário no que tange ao conteúdo da norma a ser criada.

Como síntese do pensamento acima manifestado, o conteúdo das normas programáticas, que estabelecem programas de ação governamentais e direitos subjetivos a prestações públicas não afeta ou descaracteriza a sua natureza jurídica que é de norma constitucional imperativa. A sua especificidade vai influir apenas no grau de eficácia das situações jurídicas por ela geradas, considerando ainda a discricionariedade do legislador ao editar as normas integrativas.

De qualquer forma a eficácia, mesmo reduzida, das normas programáticas cria situações jurídicas subjetivas aos potenciais beneficiários das normas, que poderão ser consagradas em decisões judiciais onde os aplicadores poderão fazer uso de métodos ou processos de integração das normas como a analogia, os costumes, os princípios gerais do



direito e a equidade. Ou, no dizer de Moro (2001), os elementos não-textuais a que o juiz pode recorrer.

Fala-se, portanto, em processo de concretização legislativa e concretização judicial. Os juízes devem atuar no trabalho de conferir máxima efetividade às normas constitucionais de cunho programático, libertando-se de certas noções arraigadas de atuar dentro de limites do razoável.

No tocante a crítica sobre a ausência de imposição de um direito subjetivo positivo, vale tecer alguns comentários.

Na visão tradicional do direito privado o direito subjetivo comporta uma exigência plena, imediata e direta do cumprimento de um dever jurídico. Corresponde o direito subjetivo ao poder de ação que, com base no direito objetivo, destina-se à satisfação de um interesse tutelável pelo Poder Judiciário.

Nesse ponto repousa o problema ora enfrentado. Os preceitos jurídicos, os fins e programas trazidos pelas normas programáticas estabelecem para o Estado o dever de realizar certas atividades, ou seja, configuram ou não um direito subjetivo?

Não há dúvidas em aceitar que em face das normas programáticas pode ser identificado um direito subjetivo negativo ao impor ao Poder Público ou aos particulares a abstenção da prática de atos contrários aos “programas de ação” ditados pela norma.

Como as normas programáticas não prescrevem uma conduta para a obtenção do bem jurídico descrito na regra não existe um dever jurídico correspondente a um direito subjetivo. Conforme ensinamento de Barroso:

delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva de exigir uma determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo “negativo” de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames (BARROSO, 1993, p. 121).

Nesse sentido como as normas programáticas não definem de modo suficiente o conteúdo ou a extensão do interesse, a eficácia conferida seria de invalidar os comportamentos e condutas do Estado contrárias aos fins previstos no direito objetivo gerando, portanto, um dever de abstenção, ou seja, um direito subjetivo exclusivamente na versão negativa.

O direito subjetivo negativo corresponde ao efeito negativo das normas programáticas, onde a exigência imposta seria de paralisar a eficácia de toda a disposição normativa contrária aos princípios e fins por elas preordenados. Porém, outras situações jurídicas podem ser extraídas das normas programáticas. É possível obtermos direitos subjetivos também na

versão positiva, investindo os jurisdicionados em prestações positivas desfrutáveis de forma direta e imediata, carecendo ou não a norma de regulamentação integrativa.

Afirma-se, portanto, que ao lado da eficácia negativa característica das normas programáticas, verifica-se situações jurídicas plenamente sindicáveis, podendo o jurisdicionado exigir do Estado a entrega de prestações materiais positivas, numa perfeita relação de direito e dever jurídico correlato que caracteriza o direito subjetivo.

Situa-se, a título de exemplificação, o caso do artigo 196 da Constituição Federal de 1988 que afirma que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, e o artigo 205 do mesmo diploma ao afirmar que: “A educação, direito de todos e dever do Estado”. Em tais dispositivos o próprio legislador constituinte estabeleceu um dever jurídico para o Estado, qual seja o cumprimento das tarefas saúde/educação, criando aos beneficiários da norma um direito subjetivo público de exigibilidade imediata.

Ademais, não importa se as normas constitucionais acima necessitam ou não de complementação legislativa. O acesso à educação e a saúde, como outros direitos fundamentais, constituem expressão da dignidade da pessoa humana devendo a obrigação estatal ser concretizada quer através do oferecimento de vagas em instituições públicas ou, na falta, em instituições privadas.

O mesmo não se pode dizer em relação às normas programáticas previstas no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que estabelecem os princípios da ordem econômica como a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego.

Os princípios insertos neste dispositivo asseguram proteção geral, de forma indivisível a todos que estão submetidos à força hierárquica da Constituição, sem qualquer delimitação quanto ao objeto ou extensão da norma. Assim, conferem proteção a interesses gerais e não outorgam direitos subjetivos aos beneficiários que apenas poderão fazer uso desta norma para assegurar que políticas ou programas desenvolvidos pelos Poderes Públicos em favor da ordem econômica sigam estritamente os princípios ditados pelo legislador constituinte. Trata-se da eficácia negativa das normas programáticas.

Assim, quando a norma programática cuidar de um simples programa, uma orientação aos Poderes constituídos, ou uma ação futura, haverá a possibilidade do exercício de um direito subjetivo apenas na versão negativa, isto é, a exigibilidade opera-se no sentido de exigir que órgãos estatais não atuem de forma contrária a diretriz traçada pelo legislador.

Porém se a norma, apesar da natureza programática, cria um dever de agir ao Estado, obrigando-o a fazer a entrega de prestações materiais aos particulares, mesmo custosas, o

direito subjetivo impõe-se até mesmo como forma de assegurar a vida com dignidade. Tal afirmação refere-se às normas constitucionais que disciplinam o direito à saúde e à educação.

Por fim, a crítica sobre a inoperância das normas programáticas repousa ainda no fato das normas que a consagram são dotadas de conceitos jurídicos indeterminados, com densidade normativa baixa. Este argumento, como os demais acima refutados, não tem caráter absoluto e não retira a imperatividade das normas e tampouco a sua eficácia.

Silva (1999) trata do tema e afirma ser um grande problema a busca de mecanismos constitucionais para superar o caráter abstrato e incompleto das normas programáticas, posto que se utilizando de termos vagos, genéricos, fluidos, podem criar óbices à sua concretização, tornando-se inoperantes na prática.

Porém, mesmo que os conceitos sejam fluidos, abstratos, o que dificulta a obtenção de seu significado, é certo que eles protegem um conteúdo mínimo. A utilização de conceitos indeterminados não retira a eficácia das normas programáticas, mas podem pontuar dúvidas sobre a sua extensão normativa.

Mesmo que se admita que interesse público, pobreza, dignidade da pessoa humana podem ter certa dose de imprecisão, é certo que tal fato não retira o sentido da norma. Ora, conceito vago não significa dizer que o mesmo não possui especificação legal.

Esses conceitos são comuns em regras e normas que definem direitos sociais (direitos de todos, dever do Estado), mas todos eles desfrutam de um núcleo significativo estreme de dúvidas.

Falar em dignidade da pessoa humana significa dizer que todos devem ter uma vida digna, e o Estado deve propiciar essa condição por uma infinidade de medidas. Essa opção é tarefa política, mas todas elas devem conduzir a uma vida com dignidade, quer através do acesso à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia.

A regulamentação dos meios para atingir o fim colimado realmente é tarefa legislativa, sendo o cidadão credor de tal atividade. Mas o Estado não pode deixar de agir sob o argumento de que a imprecisão dos termos torna inoperante a norma.

Mesmo as normas que contém termos imprecisos e vagos possuem um núcleo, em tese, sindicável, a partir do qual o legislador deve agir se a norma exigir uma integração. Mas isso não afeta a eficácia jurídica da norma. Apenas torna necessária a regulamentação para melhor definir seu objeto e sua abrangência.

Como adverte Mello, a imprecisão ou fluidez das palavras utilizadas em certos dispositivos constitucionais não

lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitoso de sua significação. Supor a necessidade de lei para delimitar este campo, implicaria outorgar a lei mas força que a Constituição. É puramente ideológica – e não científica – a tese que faz depender de lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos algo fluidos (MELLO, 1981, p. 245).

Ademais, a utilização de termos ou conceitos jurídicos indeterminados tem sua importância na medida em que permitem a abertura da Constituição e refletem, de acordo com um determinado momento histórico, “os valores essenciais de uma sociedade, conferindo elasticidade ao ordenamento constitucional, [...]” de acordo com Ferrari (2001, p. 204).

Assim, imprecisão e fluidez há, mas tais defeitos não são absolutos ao ponto de negar a aplicação da norma. Assim, dentro de um sistema jurídico dotado de regras, princípios, valores, uma norma não pode ser interpretada isoladamente, mas sim em conjunto com as demais normas, de forma sistemática, de onde vai se extrair um mínimo de significado às palavras vagas.

Nesse ponto cabe ao Poder Judiciário verificar se este mínimo foi observado, e se a interpretação dada ajusta-se ao fim determinado pela norma programática. Alerta-se para o compromisso do Poder Judiciário em aplicar as normas de acordo com a máxima efetividade que deve ser conferida às normas que ditam direitos fundamentais.

A fruição de direitos subjetivos positivos através de normas programáticas torna-se ainda mais complexa e de difícil solução ao considerar-se que o maior número delas incorpora direitos sociais, cuja realização depende de prestações fáticas e sujeitas ao obstáculo da reserva do possível.

Assim, podemos vislumbrar que o direito social saúde tratado no artigo 196 da Constituição Federal de 1988 encerra norma programática dotada de eficácia positiva e cria para o destinatário da norma um direito público subjetivo.

## 4 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS E DIREITOS LIGADOS Á SAÚDE

### 4.1 Conceito de princípios

Princípio, palavra derivada do latim, (*principium, principii*) que significa, segundo Cunha (2001, p. 635), “fonte”, “origem”, “base”. Em linguagem leiga é o ponto de partida de um começo qualquer (Ibid., p. 635). O magistério de Carvalho (1991, p. 90) ensina que eles “são linhas diretivas que informam e iluminam a compreensão de segmentos normativos, imprimindo-lhes um caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”. No ordenamento jurídico, há princípios implícitos e expressos, não havendo supremacia exceto em relação ao princípio da certeza do direito, que está acima de todos os princípios, a fim de garantir a convivência social organizada. Canotilho (1993, p. 173) considera “princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. Para Bastos:

são os princípios constitucionais aqueles valores albergados pelo Texto Maior a fim de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante espriar os seus valores, pulverizá-los sobre todo o mundo jurídicos (BASTOS, 1999, p. 154).

Representante maior do positivismo jurídico, Hans Kelsen produziu vasta obra, notadamente a Teoria Pura do Direito. Muitos seguidores surgiram no País e, assim, segundo Machado (1989, p. 11), “para os positivistas, o princípio jurídico nada mais é do que uma norma jurídica. Não uma forma jurídica qualquer, mas uma norma que se distingue das demais pela importância que tem no sistema jurídico. Os princípios constituem a estrutura do sistema jurídico. Os princípios jurídicos são os vetores do sistema”. Fazendo uma comparação do sistema jurídico a um grande edifício, onde os princípios do sistema jurídico correspondem aos alicerces e as vigas mestras do edifício, os quais desempenham papel mais importante que as janelas.

Assim, a supressão ou a troca das janelas em nada altera o edifício; todavia, uma simples fratura nos alicerces poderá gerar a sua destruição total, o mesmo acontecendo com o sistema jurídico se ocorresse a eliminação dos princípios. Trilhando o pensamento de Kelsen, bem como o magistério dos estudiosos citados, Carrazza entende que:

princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam (CARRAZA, 1999, p. 30).

Prosseguiremos analisando o direito à saúde em face aos princípios da dignidade da pessoa humana e o direito que daí exsurge, qual seja, o mínimo existencial, bem como o princípio da reserva do possível.

#### **4.2 O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**

Quando se fala no tema da saúde, relaciona-se o assunto, logo, ao conceito de dignidade humana. Nesse contexto, devemos tentar identificar o conteúdo mínimo de tal expressão, pois contém valores metajurídicos, por ser bastante ampla e genérica. O objetivo é procurar elementos que esbocem sua figura no âmbito jurídico constitucional. Assim, pode-se dizer que dignidade da pessoa humana veicula, entre outros, o seguinte valor: todo ser humano é uma pessoa, dotado de personalidade, com direitos e deveres, membro da sociedade em que vive e merecedor de uma existência humana, e não subumana. Esta afirmação implica disponibilização, a cada pessoa, de condições mínimas de sustento próprio e de relacionar-se com a sociedade em que vive.

O Estado, responsável pelo implemento dessas condições mínimas de dignidade, deve agir de forma positiva, por meio de prestações materiais, a fim de concretizar os direitos fundamentais sociais. Por sua vez, é na dignidade da pessoa humana que se encontra o rol de direitos considerados vitais a todos os seres humanos.

Esses direitos vitais, que devem ser resguardados pelos direitos fundamentais sociais, a doutrina denomina de mínimo existencial.

Para Treisch apud Leivas, o mínimo existencial tem a seguinte definição:

Parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a existência de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. (LEIVAS, 2006, p. 135).

Ou nas palavras de Torres (2001, p. 266) “o conjunto formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais considerados mais relevantes, por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana”.

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, sua sede principal encontra-se no princípio da dignidade humana, mas devemos procurá-lo também, segundo Torres (2001), na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

A dignidade humana, ainda, segundo Torres (Ibid., p. 267), “e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

Assim, o mínimo existencial seria composto por condições materiais básicas e prestações positivas (sociais) que sejam consideradas efetivamente indispensáveis para a vida com mínima dignidade, como podemos destacar a alimentação, o vestuário, a moradia, a saúde tanto a preventiva (vacinação) quanto à curativa, e a educação básica.

O mínimo existencial viabiliza a efetividade dos direitos fundamentais sociais, principalmente os encartados no artigo 6º da Constituição Federal, eis que estão, especialmente, ligados aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Reforçando o que foi exposto a respeito desse tópico Clève leciona:

O conceito de *mínimo existencial*, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino (CLÈVE, 2003, p. 27).

Vê-se, pois, que o princípio da dignidade da pessoa humana está entrelaçado de forma intrínseca à noção de mínimo existencial.

É neste sentido que os mínimos vitais “têm uma implicação política inovadora na medida em que permitem a discussão da justiça geral e da justiça distributiva” (LOPES, 1998, p. 127). Desse modo, devem ser reconhecidos como posições jurídicas subjetivas passíveis de ter sua satisfação exigida.

Desta feita, caso o Estado, que é responsável pela implementação dos direitos fundamentais sociais, que são essenciais para que os seres humanos usufruam de um padrão mínimo de dignidade, não cumpra com a sua obrigação constitucional, é permitido ao Poder Judiciário atuar e conferir a proteção ao indivíduo.

Apenas a título de complementação, cite-se que esta atuação do Poder Judiciário não se dá única e exclusivamente em prol dos cidadãos, mas também no sentido de se concretizar a própria Constituição Federal. É neste âmbito que, “mais que a viabilidade de se admitir direitos fundamentais sociais a prestações materiais, existe verdadeira prioridade quanto à efetivação de tais direitos no sistema constitucional pátrio” (CARVALHO, 2006, p. 230).

### 4.3 O mínimo existencial à saúde

Como apresentado no tópico anterior, o artigo 6º da Constituição Federal contém um rol de direitos que constituem em um mínimo vital, direitos esses que são essenciais para que o ser humano desfrute de uma vida digna.

Ao prescrever esses direitos como um mínimo existencial, o legislador constituinte originário objetivou dar a todos os seres humanos que vivem em nosso País uma melhor condição de vida.

Nota-se que o ser humano tem o direito, e o Estado o dever, a preservação da vida. Mas não é a vida pura e simplesmente no sentido de existência. É a preservação da vida como um direito fundamental, é a garantia a uma vida digna. Isso porque o ser humano “reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social” (SILVA, 1998, p. 92).

O direito à vida é condição essencial para o exercício de todos os demais direitos fundamentais, não havendo como alguém exercer o direito à liberdade, ao livre acesso ao judiciário ou à propriedade sem que antes tenha assegurado o direito à vida.

É nesse ponto que a saúde e a vida estão estritamente ligadas. Em jargão popular, vida e saúde são as duas faces de uma mesma moeda, pois a consequência final da ausência de saúde é a morte, que é o oposto da vida.

Por essa posição de supremacia ao lado do direito a vida humanamente digna é que a saúde se revela o mais importante dos direitos expostos no artigo 6º da Lei Maior, constituindo, indubitavelmente, o mínimo existencial à saúde.

Além do direito à vida humanamente digna, a saúde está condicionada a outros direitos, como a alimentação, a moradia, a educação, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho e o lazer.

Nesse sentido, transcrevemos o artigo 3º e seu parágrafo único da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde):

Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

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

Por conseguinte, o mínimo existencial à saúde abrange não apenas a ausência de doenças, mas o completo bem-estar físico, mental e social. Mais um quesito que comprova a sua condição de piso vital mínimo. Ainda, nesse sentido:



O direito à saúde não significa, apenas, o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito a tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habilitação e à reabilitação, devendo-se entender a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente (ARAÚJO, 1997, p. 47).

Diante de tão precioso preceito, o Estado deve agir de forma a socorrer todos os cidadãos, independente de sua classe social, prestando toda a assistência necessária, sob pena de estar violando não só o direito fundamental a vida, mas todos os direitos fundamentais. Desse modo:

Como consequência [sic] primeira do direito à saúde (direito de estar são), deve-se agregar o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer são). Assim, o Estado é responsável, tanto por manter o indivíduo são, desenvolvendo políticas de saúde, como para evitar que ele se torne doente. O direito à prevenção de doenças é, conseqüentemente [sic], parte do direito à saúde (Ibid, 1997, p. 46-47).

Sintetizando, a Constituição Federal, em seu artigo 6º combinado com o artigo 196, prescreve de forma taxativa que a saúde constitui-se em um mínimo existencial, um piso vital mínimo de forma que deve ser implementado e concretizado pelo Estado, propiciando aos seres humanos uma vida com dignidade e em condições de igualdade.

#### **4.4 O princípio da reserva do possível**

É sabido que o direito social saúde exige, para sua realização, prestações positivas por parte do Estado. A par dos escassos recursos, dada a crescente demanda por esse direito, bem como outros da mesma espécie como o direito à educação, à moradia etc., cabe à administração pública o gerenciamento desses recursos (AMARAL, 2001). Assim, a efetivação dos direitos sociais estaria limitada por parâmetros de ordem financeira, ou seja, a chamada reserva do possível, que seria um limitador fático e também jurídico a efetivação dos direitos sociais prestacionais.

O princípio da reserva do possível, em apertada síntese, regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando à prestação do Estado a existência de recursos públicos disponíveis.

Doutrinariamente se faz distinção entre a reserva do possível fática e a reserva do possível jurídica. Gouvêa (2002?) ensina que reserva do possível fática é o contingenciamento financeiro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais. Muitas vezes, os recursos financeiros até existem, porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução

daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo: é o que se denomina reserva do possível jurídica.

Acerca, ainda, da reserva do possível Lima expõe que:

Trata-se de um conceito oriundo da Alemanha, baseado em paradigmática decisão da Corte Constitucional Federal, no julgamento do famoso caso *numerus clausus* (BverfGE n° 33, S. 333), em que havia a pretensão de ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes, com espeque na garantia da Lei Federal alemã de liberdade de escolha de profissão.

No julgamento da lide ora em análise, firmou-se o posicionamento naquele tribunal de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, a qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição (LIMA, 2001).

A reserva do possível é uma contingência de ordem econômica que não se pode ignorar. É um obstáculo a concretização do direito à saúde, mas obstáculo transponível.

Veja-se, nesse sentido, a ponderação de Moro:

A reserva do possível constituiu, portanto, severo obstáculo para o desenvolvimento e efetivação judicial dos direitos a prestações materiais, estatais ou privadas. Não se trata, contudo, de barreira intransponível. (...) Não sem dificuldades e mediante recursos a dados empíricos, é possível verificar quais prestações materiais, e em que grau, são de possível atendimento (MORO, 2001, p.98).

Deve-se receber o argumento da reserva do possível com reservas, lição passada por Sarlet (2005), para ele, levar a sério a reserva do possível significa que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, levando ainda em conta o disposto no art. 5º, § 1º da CF, segundo o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

As soluções, para superação da reserva do possível, devem ser buscadas na medida em que se potencializa a eficácia dos direitos fundamentais a luz do tratamento constitucional. Nesse sentido, nem a impossibilidade circunstancial da implementação de um direito social o despirá da natureza de direito fundamental, até porque os pressupostos ou atributos que lhe são inerentes, entre eles a aplicabilidade direta e o caráter absoluto, são apenas consequências de sua aplicação e não condições para o reconhecimento dessa natureza de direito.

Assim, o poder vinculativo dos direitos fundamentais é o ponto inicial para a plena eficácia dos direitos sociais, servindo também de norte superador dos obstáculos que limitam a sua sindicabilidade.

Quanto aos custos, o argumento da reserva do possível, que tem origem no direito comparado, principalmente o direito alemão que inclusive nega o caráter fundamental dos direitos sociais, sempre poderá ser utilizado pelo Estado para justificar sua omissão em cumprir políticas sociais.

Ora, é muito fácil e cômodo aos Poderes constituídos em nações de terceiro mundo, por exemplo, atribuir à escassez de recursos e a política monetária a responsabilidade pelo não cumprimento de direitos e políticas sociais.

Trata-se então de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível.

Levar direitos a sério é, segundo Sunstein e Holmes (1999), levar a sério o problema da escassez – *taking rights seriously means taking scarcity seriously*.

O argumento dos custos dos direitos sociais que vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta a sua dependência aos recursos econômicos, deve ser ultrapassado na medida em que recursos podem ser obtidos ou retirados em outras áreas menos essenciais a dignidade do homem.

Sabe-se também que a captação de recursos para formar o orçamento é permanente, ou seja, não cessa nunca, de forma que não serão completamente exauridos podendo inclusive a despesa que ficou fora da escolha alocativa ser assumida por um orçamento posterior.

Se for verdade que há menos recursos do que o necessário, também é verdade que o Estado gasta muito mal os recursos disponíveis. Não há controle eficaz dos gastos públicos, a corrupção solapa os Poderes Públicos e as decisões alocativas não são organizadas sob um critério de justiça distributiva.

Nota-se que apesar do superávit na arrecadação, o Brasil investe pouco na área de direitos sociais como a saúde pública, que se trata do direito mais intimamente ligado à vida e à dignidade da pessoa humana.

Interessante nessa visão a posição arrojada defendida pelo Professor Andreas Krell citado por Giovani Bigolin que proclama a “falácia da reserva do possível” e assim manifesta-se quanto à questão dos recursos escassos:

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”, etc. (KRELL apud BIGOLIN, 2004).

A reserva do possível é plenamente superável devendo o Estado procurar, ao gastar os recursos de que dispõe atender prioritariamente um conjunto de prestações básicas o mínimo existencial, dentre elas destacamos as voltadas à saúde.

## 5 ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA CONSECUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

### 5.1 Breve incursão introdutória

A relevância da atuação do Poder Judiciário no tocante a efetivação do direito à saúde é fruto da mudança ocorrida com o advento da Constituição Federal de 1988 que exigiu dos Juízes uma mudança de interpretação desse direito, juntando-se a isso as Leis infraconstitucionais que regulamentaram, ainda de modo não completo, os referidos dispositivos constitucionais referentes ao direito à saúde, fato este verificado por Sarlet e Figueiredo (2008) que traçam um paralelo entre a evolução das políticas públicas e o desenvolvimento das ações de efetivação do direito à saúde nos 20 anos transcorridos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, afirmando que: “Na verdade, a jurisprudência ainda interpretava o direito à saúde com ‘óculos’ de um passado recente, em que a saúde não constava do elenco dos direitos fundamentais explícitos, sem atentar para as possibilidades do novo regime constitucional instaurado(...) (Ibid, 2008)”.

Fruto desse “novo regime constitucional instaurado” é que atualmente é fato incontroverso a exigibilidade do direito social saúde através do ingresso de ação judicial pelo titular desse direito que busca obter determinadas prestações estatais como forma de concretizá-lo, quando o serviço não está sendo devidamente prestado. Também é inquestionável o dever que tem o Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal de investir pelo menos o mínimo constitucional previsto para a saúde, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade a ensejar, inclusive, a possibilidade de intervenção, conforme previsto no art. 34, VII, "e" (intervenção da União nos Estados) e art. 35, III (intervenção dos Estados nos Municípios), ambos da Constituição Federal.

No entanto, o cerne da questão é saber quais e em que medida as prestações podem ser exigidas e até onde pode o Judiciário conceder e fazer concretizar tal direito em face do Poder Executivo.

Ressalte-se que a questão da judicialização da saúde expressa reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais, ou seja, não envolve apenas aqueles que operam o direito, mas também profissionais e instituições das mais diversas áreas, como entidades públicas, gestores, profissionais da saúde e a própria sociedade como um todo, que é a principal destinatária do direito à saúde.

O processo judicial calcado no direito constitucional saúde, individual e coletivo, contra os Poderes Públicos, teve início na década de 90, com as reivindicações das pessoas acometidas com o vírus HIV/Aids que buscavam medicamentos e procedimentos médicos que lhes propiciassem uma qualidade e expectativa de vida maior e melhor.

De lá para cá a demanda judicial individualizada relacionada a procedimentos e insumos de saúde contra entes públicos teve um crescimento exponencial. É interessante notar que a intensidade da demanda judicial das pessoas com HIV/Aids sofreu acentuada redução, se comparada à de outras doenças (MESSEDER et al., 2005).

Como reflexo do crescimento exponencial das demandas judiciais relacionadas às prestações de saúde aportaram, no Supremo Tribunal Federal (STF), vários pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de liminar e de suspensão de tutela antecipada visando suspender medidas cautelares que determinaram o fornecimento dessas prestações.

Toda essa demanda judicial fez com que em cinco de março do ano de dois mil e nove, o então Presidente do STF, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, convocasse a audiência pública de nº 4, tendo como finalidade debater os seguintes assuntos relacionados à saúde: responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; fraudes ao Sistema Único de Saúde. Além desses temas discutiu-se lesão à ordem pública, segurança e economia todos, logicamente, tendo como pano de fundo a saúde pública.

O debate auxiliou e muito na definição de critérios os mais objetivos possíveis para servir de norte tanto para o Judiciário quanto para Administração Pública na concretização do direito social saúde.

Especificamente em relação ao Poder Judiciário a definição desses critérios, vistos mais adiante, além de servir de norte para sua atuação, visam evitar a prolação de decisões desconectadas da realidade atual e ao mesmo tempo fornecer subsídios aos magistrados para responder de forma célere as pretensões, que envolvem a saúde, deduzidas perante eles, evitando assim ônus desnecessário para administração pública e para o cidadão que por motivos diversos não tem condições de litigar judicialmente, mas arca com o ônus da reserva do possível.

Observa-se ainda que iniciativas como esta do Supremo Tribunal Federal de realizar uma audiência pública só para tratar do direito à saúde, além de objetivar o que foi relatado anteriormente, mostra um indício de mudança cultural importante, pois privilegiou o debate interdisciplinar na solução de um problema que o aflige, ou seja, o Poder Judiciário não se fechou em si mesmo na busca da solução do problema foi abeberar-se do conhecimento de outras áreas do saber humano para resolvê-lo. Nesse sentido vale anotar o que escreveram Sarlet e Figueiredo:

o Judiciário tem sido cada vez mais chamado a arbitrar a solução para os inúmeros conflitos concretos sobre o direito à saúde e, não podendo responder com o *non liquet*, alargou suas hipóteses de intervenção direta e controle, inclusive sobre as políticas públicas, podendo-se até mesmo falar, em hipóteses mais extremas, de uma hipertrofia jurisdicional nesta seara – o que hoje vem sendo substituído pela busca de critérios práticos e objetivos para a aferição das pretensões formuladas, num claro resgate do sentido da noção de *jurisprudência*, com destaque para o diálogo interdisciplinar (princípios da Bioética, ‘medicina de evidências’, critérios para o uso racional de medicamentos)(SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

## 5.2 Limites de atuação do judiciário referentes ao direito à saúde

Imaginar que o Poder Judiciário possa, através das suas decisões, resolverem todos os empecilhos que barram a concretização plena do direito social saúde é engano, da mesma forma equivocam-se quem defende que a atuação do Poder Judiciário, nesse sentido, deveria ser mais comedida a ponto da irrelevância. Entretanto, mostra-se acertado sabermos onde procurar as balizas de atuação do Judiciário para evitar um proceder exacerbado ou muito tímido.

Barroso (2007) faz críticas à excessiva judicialização da implementação de direitos prestacionais. Inicia apontando o caráter programático da norma de direito à saúde que, conforme expresso na Constituição Federal será oferecido através de políticas sociais e econômicas e não por decisões judiciais. Por conseguinte, segundo o renomado jurista, é o Executivo que tem a melhor visão não só dos recursos, mas também das necessidades para otimizar os gastos com a saúde pública. Ademais, segundo, ainda, o referido autor, se a própria Carta Maior assegurou aos eleitos pelo voto popular (legitimidade democrática) a prerrogativa de gerir os recursos públicos seria impropriedade proceder-se de forma diversa. Suscita, ainda, a mais comum das críticas, a financeira, revestida da já referida reserva do possível. Dentre outras questões aponta também que decisões judiciais que impliquem em fornecimento de medicamento provocam a desorganização da Administração Pública e, por fim, se o Judiciário assume tal postura termina por privilegiar tão somente aqueles que têm acesso qualificado à Justiça em detrimento dos demais.

Em que pese à renomada posição, discordamos, com o devido respeito. Por certo não é atribuição institucional do Poder Judiciário implementar políticas públicas, eis que tal função é própria do Legislativo e Executivo. Entretanto, no caso concreto, de forma ponderada e criteriosa, deve o Judiciário refutar o descumprimento das obrigações da Administração Pública, mormente quando qualquer ação/omissão implicar na ineficácia de direitos constitucionalmente assegurados, mesmo que tais direitos sejam inerentes às normas ditas programáticas. O próprio STF já se posicionou acerca da plausibilidade de "intervenção" do Judiciário, sem que isto implique na alegada violação à separação dos poderes. Destacamos a ementa da ADPF onde restou consignada a referida possibilidade:

Arguição [sic] 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 arbítrio 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 Arguição [sic] de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivadas (Direitos Constitucionais de Segunda Geração) (BRASIL, STF, ADPF 45/DF).

Já Barcellos, analisando o que chama de "sindicabilidade judicial do direito à saúde", destaca que:

Em primeiro lugar, parece fundamental construir um rol básico de prestações em matéria de saúde – ainda que histórico e, portanto, aberto a novas discussões que considerem as alterações próprias das circunstâncias fáticas e jurídicas -, que possa ser identificado com a ideia de mínimo existencial. Em segundo lugar, será possível minimizar os efeitos colaterais indesejados associados a uma apreciação puramente individual do tema da saúde na medida em que se incrementa a discussão jurisdicional da matéria por meio de demandas coletivas e mesmo de natureza abstrata. (BARCELLOS, 2009, p. 2.170).

Num primeiro momento, usaria o conceito de mínimo existencial, já visto anteriormente, para balizar o estabelecimento de limite do qual o Poder Público não poderia se esquivar.

Além do mínimo existencial, não há mais falar em intervenção do Judiciário, visto que agora o ambiente seria de discricionariedade da Administração Pública. Invadindo o Judiciário esse campo de atuação próprio da Administração incorreria em inconstitucionalidade, configurada pela violação ao princípio da separação dos poderes.

De outro lado, caso o núcleo da dignidade da pessoa humana fosse violado ou não garantido, habilitado estaria o Judiciário para determinar ao Poder Público que repare ou supra essa deficiência.

Entretanto, o problema ainda persiste, já que em matéria de saúde o conceito de mínimo existencial tem caráter aberto e dinâmico e não se coaduna com ele a ideia de um elenco fechado e previamente definido de prestações que comporiam seu núcleo como formula a autora. Até porque, devido a essa dinâmica, outras prestações de saúde também são indispensáveis à promoção de uma vida digna, e porventura podem incluir o núcleo do mínimo existencial, não sendo salutar para a sociedade que o Poder Judiciário fique preso a um rol fechado de prestações sem poder exercer plenamente seu papel.

Em relação ao papel das ações coletivas e abstratas citadas por Barcellos, tais como ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental etc. a nobre doutrinadora foi muito feliz ao enaltecer o papel desse tipo de ação na consecução do direito à saúde, contudo, não pode o Poder Judiciário ficar atrelado, em tema tão caro a nossa sociedade, especificamente a demandas coletivas em detrimento de demandas individuais. O Judiciário deve ser apto a responder de forma satisfatória a ambas.

A despeito da possibilidade de concretização de direitos prestacionais e seus limites pela via judicial o Min. Gilmar Mendes, então Presidente do STF, assegurou que "as demandas que buscam a efetivação da prestação de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades", lembrou, ainda, que tais decisões têm significado "um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem [sic] compelidos a garantir prestações de direitos sociais", mas ressaltou que o Judiciário não está criando políticas públicas, mas tão-somente determinando o seu cumprimento (BRASIL, STF, STA 238/TO), ou seja, a maioria das decisões judiciais que obrigam o Poder Público a conceder uma prestação de saúde não fere o âmbito do poder discricionário deste e nem o compele em escolher sobre uma política A ou uma política B, mas determina que efetive uma política pública já existente.

Em relação ao cotejo das peculiaridades da demanda judicial, que pleiteia o direito à saúde, destacamos os ensinamentos de Norberto Bobbio que ao falar sobre o "Presente e futuro dos direitos do homem", diz que o direito à saúde é reconhecido formalmente como um direito humano fundamental à preservação da vida e dignidade humana, afirma que o problema atual em relação a esses direitos não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Indica que nossa tarefa, urgente e atual, "é muito mais modesta, embora também mais difícil", que é a "de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis". Este empreendimento deve ser acompanhado "pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado", não se dissociando o problema dos fins do problema dos meios. Ademais, buscando identificar "qual é o modo mais seguro



para garanti-los, e para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados" (BOBBIO, 1992, p. 24-25).

Assim, os limites de atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde devem ser buscados na Constituição Federal, tendo como norte principal o princípio da dignidade da pessoa humana, incluídas neste o mínimo existencial “dinâmico”, e respeitadas as peculiaridades do caso concreto.

### **5.3 Alguns critérios encontrados na jurisprudência do STF no que se refere à aplicação do direito à saúde**

Em Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, o Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes, com base no material já colhido pela Suprema Corte por ocasião da Audiência Pública nº 4, jurisprudências e doutrinas diversas, traçou alguns critérios para o tratamento da matéria, podendo o aplicador do direito analisar as seguintes hipóteses: quando há ou não política pública que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte e quando a prestação de saúde não estiver dentre aquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Quanto à existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte, consignou o Ministro Mendes:

o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes (BRASIL, STF, AG. REG. na STA 175/CE).

Ou seja, caso já exista uma política pública, o direito subjetivo público a essa política aparece como evidente, sem que ocorra qualquer ofensa à separação dos poderes, já que caberá ao Judiciário, ponderando os interesses e valores do caso posto, tentar fazer prevalecer à decisão política fundamental e não criar uma outra política pública.

Quando a prestação de saúde almejada não estiver dentre aquelas oferecidas pelo SUS é necessário diferenciar se a não prestação decorre: a) de omissão legislativa ou administrativa; b) de decisão administrativa de não fornecê-la ou; c) de vedação legal ao seu fornecimento.

Começamos a analisar a partir da decisão administrativa de não fornecê-la, ou seja, da existência de motivação do SUS para o não fornecimento da prestação de saúde por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão, tal hipótese pode desdobrar-se, ainda, em duas situações, conforme o Min. Gilmar: primeira, o SUS fornece

tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; segunda, o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia (Ibid).

Com relação à primeira situação, segundo, o Min. Gilmar Mendes, o Estado, em tese, e por força do art. 196 da Constituição Federal, só estaria obrigado a fornecer as políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o SUS filiou-se à corrente da Medicina com base em evidências, adotando os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas” que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente (Ibid).

Em relação a essa situação, defende o Relator, que, em geral, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS - sempre que não comprovada a sua ineficácia ou impropriedade - em detrimento da opção diversa escolhida pelo paciente.

Assiste razão o entendimento acima, visto que não faz sentido obrigar o Poder Público a pagar por medicamentos estranhos à sua política quando tem à disposição outro que produz efeitos similares.

Já a segunda situação, o SUS não ter nenhum tratamento específico para determinada patologia, o tratamento requerido poderá ser: tratamento puramente experimental (sem comprovação científica de sua eficácia) - aqui não cabe, em regra, a condenação do Estado no seu fornecimento, já que nunca foram avaliados ou aprovados e o acesso deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos; e tratamentos não testados pelo SUS, o conhecimento médico é dinâmico, novas doenças aparecem requerendo novos tratamentos e medicamentos numa velocidade que a burocracia administrativa dificilmente acompanha, nesse caso, tendo em vista essas peculiaridades, é necessário cuidado redobrado na apreciação de ação judicial que envolva tal matéria. Como bem salienta o Ministro Gilmar:

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada (Ibid).

Nas duas situações expostas o raciocínio do Ministro Relator, é no sentido da possibilidade do Poder Judiciário decidir excepcionalmente de maneira diferenciada do SUS ou contemplar hipóteses ainda não previstas por este Sistema Único, seja pela natureza peculiar do organismo de determinada pessoa ou pela própria não revisão periódica dos

Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, pontuando que estes não são inquestionáveis judicialmente (Ibid).

Analisando a letra C, referente á vedação legal ao fornecimento de prestação de saúde, vale frisar a proibição imposta à Administração Pública de fornecer medicamento sem registro na ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Vejamus a dicção do art. 12 da Lei 6.360/1976, *in verbis*: “Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”.

A referida lei trata sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, dentre outras providências.

Os requisitos para obtenção do registro estão previstos no art. 16 da citada lei, dentre eles prescreve que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, já o art. 18, determina que em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trazer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, assevera Mendes (Ibid), o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

Porém, há hipóteses excepcionais previstas no art. 8º, § 5º da Lei 9.782/99, instituidora da ANVISA, que permite o uso de medicamento, sem registro, adquiridos por meio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde.

Em relação à letra A, quando ocorre omissão administrativa ou legislativa, o judiciário poderá ser acionado através de ações coletivas e individuais, conforme análise cuidadosa de cada caso, para obrigar o ente público a tomar as providências cabíveis. Devendo as ações ser bem instruídas, o que poderá dificultar, caso não ocorra, a concessão de medida liminar. Nesse sentido:

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

subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde (Ibid).

Como se vê, o Min. Gilmar Mendes embora traga alguns critérios esclarecedores, não consegue exaurir a matéria, o que é perfeitamente compreensível, tendo em vista a complexidade e amplitude do problema.

Embora sejam critérios que subsidiem o aplicador do direito, o caso deverá ser analisado levando em conta suas peculiaridades, pois doenças raras são muitas vezes descobertas sem que a ciência esteja preparada para enfrentá-las. Assim, mesmo que não prevista pela ANVISA, deve ser levado em conta a pretensão levada a juízo, ou seja, o magistrado deverá analisar com cuidado a tese do paciente.

Entende-se que o melhor caminho seria buscar a ajuda de bons especialistas em matérias similares e somente com subsídios suficientes conceder tutela jurisdicional em hipótese não prevista pela ANVISA. Note-se que nesse caso seria hipótese excepcional, já que o registro na ANVISA constitui condição necessária para a segurança e benefício do produto.

Vê-se, pois, que os critérios e as situações acima expostas não têm, por óbvio, a pretensão de esgotar o tema, mas são elementos que enriquecem a discussão do objeto deste trabalho, além de auxiliarem os aplicadores do direito na resolução de lides que tratam do direito à saúde, evitando, assim, decisões muito discrepantes entre si que resolvem demandas que versam sobre esse direito.

## 6 CONCLUSÃO

A saúde é um direito público subjetivo fundamental que pode ser exigido dos poderes públicos por meio de ações judiciais. O dever de prestá-lo é solidário cabendo a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios garanti-lo através de políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988 municia o cidadão em face da omissão do Poder Público responsável em prestar o direito á saúde ao prescrever no seu art. 196 que a saúde é um direito de todos e dever do Estado.

Apesar do art. 196 proclamar uma norma programática, esta deixou de ser encarada como simples programa, declaração, promessa futura ou apelo ao legislador, passando a ter valor jurídico imperativo idêntico a outras normas da Constituição, até porque encerram direitos fundamentais sujeitos ao princípio da máxima efetividade prescrito no seu art. 5º, § 1º.

Nesse sentido, por consagrar direito fundamental, a norma estatuída no art. 196 da CF/88, vista agora como norma jurídica de caráter imperativo, não mais pode ser vista como mero programa de atuação legislativa ou executiva, mas sim como princípio impositivo e coercitivo da ordem econômica e social.

Sem dúvida, há vinculação da atividade estatal (executivo, legislativo, judiciário) ao conteúdo das normas programáticas, inobstante o fato de que estas, por vezes, necessitam de normatização posterior.

Com efeito, o fim indicado pela norma programática cria um dever para o Estado, ou mesmo para o particular, e sua inobservância importará no descumprimento da norma. O direito à saúde, tratado no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, não deixa de criar um dever jurídico para o Estado mesmo se não adotados os meios materiais e institucionais indicados no texto constitucional.

Desta forma, obrigado está o Poder Público a realizar um mínimo de prestações de saúde tendo em vista o resguardo do princípio da dignidade humana, sendo estes, mínimo de prestações e dignidade da pessoa humana, corolários do direito à vida. Assim, cai por terra o argumento do Poder Público, quando acionado judicialmente, da impossibilidade de prestar determinada prestação de saúde tendo em vista os limites dos recursos financeiros, denominado de princípio da reserva do possível. Pois, apesar dos recursos financeiros serem finitos, não pode o Poder Público valer-se da citada reserva do possível para esquivar-se dolosamente do cumprimento de seus deveres constitucionalmente previstos, sob pena de incorrer em grave desrespeito a Constituição ao ferir de morte o princípio da dignidade

humana quando deixa de prestar um mínimo de prestações de saúde. Além do mais, é fato notório que a arrecadação fiscal do Estado só cresce e áreas vitais para a população, como o direito à saúde, não recebem o aporte financeiro necessário, como forma de contornar isso é possível o remanejamento de recursos financeiros de outras áreas, não tão essenciais aos cidadãos, para essas áreas vitais.

Também não pode a Administração Pública valer-se do princípio da separação do poderes para tentar impedir a atuação do Judiciário na efetivação do direito social à saúde, pois caso seja violado ou não garantido o núcleo da dignidade da pessoa humana habilitado está o Judiciário para determinar aos Poderes Públicos que supra ou repare essa deficiência. Agindo dessa forma o Poder Judiciário não estará invadindo área de competência de outro Poder, apenas cumprindo o que determina a Constituição Federal no seu art. 5º, XXXV, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Entretanto, essa atuação do Poder Judiciário deverá obedecer a limites, quais sejam, os impostos na própria Constituição Federal de 1988, tendo como norte principal o princípio da dignidade da pessoa humana, incluído neste o mínimo existencial “dinâmico”, e as peculiaridades de cada caso concreto.

As decisões judiciais, nesses casos, deverão se pautar em critérios que visam evitar a proliferação de decisões desconectadas da realidade atual e ao mesmo tempo fornecer subsídios aos magistrados para responderem de forma célere as pretensões, que envolvem o direito à saúde, sem a intenção de esgotar a matéria, citamos como critérios a serem observados: a - verificar a existência ou não de política pública que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte, caso já exista uma política pública, o direito subjetivo público a essa política aparece como evidente, sem que ocorra qualquer ofensa à separação dos poderes, já que caberá ao Judiciário, ponderando os interesses e valores do caso posto, tentar fazer prevalecer a decisão política fundamental e não criar uma outra política pública, pois o que ocorre, na maioria das demandas que pleiteiam uma prestação de saúde, é a determinação judicial para que seja cumprida uma política pública já existente, e b - observar se a prestação de saúde não está dentre aquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), perquirindo se esta não prestação advém de uma omissão legislativa ou administrativa; de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal ao seu fornecimento.

Saliente-se, por fim, que a atuação do Poder Judiciário, obedecidos limites e determinados critérios, como os referidos acima, ao obrigar o Estado a realizar uma prestação de saúde numa demanda, nada mais é do que o desempenho de seu papel constitucional, na medida em que lhe é apresentada situação em que supostamente há ameaça de lesão a direito

fundamental, qual seja, o direito à saúde, bem como e por via de consequência aparente agressão ao princípio da dignidade humana e o direito à vida.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. *In: Teoria dos Direitos Fundamentais*. MELLO, Celso de Albuquerque Melo [et al]; org. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, nov./dez. 2007, p. 49-54.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Disponível em:

<[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani\\_bigolin](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin)>. Publicação em 30/06/2004. Acesso em: 04 jan. 2011.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Vade Mecum Acadêmico de Direito** / Anne Joyce Angher, organização. – 8. ed. – São Paulo : Rideel, 2009. – (Coleção de Leis Rideel).

BRASIL. Lei nº. 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**.



24 de set. de 1976. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6360.htm)>. Acesso em : 04 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 20 de set. de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2011.

BRASIL. Lei nº. 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 27 de jan. de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9782.htm)>. Acesso em: 04 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública – Saúde. **Tema: O acesso às proteções de saúde no Brasil - Desafios ao Poder Judiciário**. Brasília, 27 abr. 2009. Disponível em:<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Min.\\_Menezrs\\_Direito.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Menezrs_Direito.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2011. Epígrafe.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: Arguição 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 arbítrio 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 Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivadas (Direitos Constitucionais de Segunda Geração). ADPF 45/DF – Arguição de Preceito Fundamental. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 abr. 2004. **Diário da Justiça**. Brasília, 04 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática que indeferiu a suspensão. Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 238/TO. Relator Ministro Presidente Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 21 out. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico n. 204**, Brasília, 29 out. 2010, divulgado em 28 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+238%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. STA 175/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico n. 76**, Brasília, 30 abr. 2010, divulgado em 29 abr. 2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?seq=3314100> >. Acesso em: 10 jan. 2011. Já o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes está disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf> >. Acesso em: 10 jan. 2011.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Willian Ricardo do Amaral. **Exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais**. 2006. 240 f. Dissertação (Mestrado) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). Feita na Cidade de Nova Iorque – Estados Unidos da América – em 1946. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP**. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html> >. Acesso em: 05 abr. 2011.

CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário Etmológico: Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. 2. ed. ver. 14. reipr. São Paulo: Nova Fronteira, 2001.

DEJOURS, C. Por um novo conceito de saúde. **Rev. bras. Saúde ocup.**, 14(54) :7-11, 1986.

ENGELS, F. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo, Global Ed., 1986.

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

GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Rio de Janeiro: [2002?] Disponível em: <[http://www.nagib.net/variedades\\_artigos\\_texto.asp?tipo=13&area=3&id=219](http://www.nagib.net/variedades_artigos_texto.asp?tipo=13&area=3&id=219)> Acesso em: 14 jan. 2011.

HIPPOCRATES. **The medical works of Hippocrates**; a new translation from the original greek made especially for English readers by the collaboration of John Chadwick and W. N. Mann. Springfield, III. Thomas, 1950.

HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W.W Norton and Company, 1999.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo, Martins Fontes Ed., 1985.

KOCH, R. **Die Aetiologie und die Bekämpfung der Tuberkulose**. Leipzig, Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1912.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2177>>. Acesso em: 14 jan. 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito**. Faria, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 57-58, p.245, 1981.

MESSEDER, A.M.; OSORIO-DE-CASTRO, C.G.S.; LUIZA, V.L. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PARACELSUS. **On miner's sickness and other miner's diseases**. In: PARACELSUS. Four teratists of Theophrastus von Hohenheim called PARACELSUS. Baltimore, Johns Hopkins Press, 1941..

PASTEUR, L. **Etudes sur la bière**. Paris, Gauthier-Villars, 1876.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia C. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. – 22 ed. - São Paulo, Saraiva, 1995

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 357.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas Considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**: Revista de Direito do Consumidor n°. 67 – Ed. Revista dos Tribunais, 2008. Disponível em:<[http://www.stf.jus.br/arquivos/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletania\\_Tania\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivos/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletania_Tania_10_04_09.pdf)> Acesso em: 15 dez. 2010 .

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América**. 2. ed. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia, 1977.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.