



O DIREITO SOCIAL À SAÚDE
E OS LIMITES DE SUA CONCRETIZAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

À luz do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na
Suspensão de Tutela Antecipada nº 175

Aluna: Isabel Luiza Rafael Machado dos Santos

Orientador: Ms. Prof. Jairo Gilberto Schäfer

BRASÍLIA-DF
2012

ISABEL LUIZA RAFAEL MACHADO DOS SANTOS

O DIREITO SOCIAL À SAÚDE

E OS LIMITES DE SUA CONCRETIZAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

À luz do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto de Brasiliense de Direito Público.

Orientador: Prof. Jairo Gilberto Schäfer

BRASÍLIA-DF

2012

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha saudosa vizinha Madalena, pelo amor incondicional que dedicou a mim, pela coragem com que enfrentou todos os percalços de sua vida e pela história linda que construiu, tornando-se meu exemplo de força e determinação. Tenho certeza de que, mesmo longe de mim fisicamente, jamais me abandonará, sempre guiando os meus passos e acreditando que posso conquistar todos os meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pela oportunidade da vida.

Aos meus pais, José Carlos e Maria Maudazita, pelo amor especial e por terem depositado em mim toda a confiança que necessitei.

Aos meus irmãos Renato Rafael e Rodrigo Rafael pelo peculiar laço de amor, amizade, companheirismo e carinho que nos une.

À minha cunhada Fernanda que sempre apoiou a minha família, principalmente nos momentos mais dolorosos.

À Eduarda Chacon, Marina de Araujo, Giovanna Loyola, Viviane de Almeida e ao Fabrício Santos pela amizade, carinho e amor incondicionais.

Ao Dr. Márcio Antônio Rodrigues dos Santos pelos brilhantes ensinamentos e pela confiança gratuitamente depositada.

Ao meu orientador Jairo Gilberto Schäfer, pela paciência e consideração, sem as quais certamente não teria conseguido.

Se por um lado os meios são finitos, por outro as necessidades são infinitas.

Gustavo Amaral

Em verdade, levar direitos sociais a sério é levar a sério o problema da escassez.

Clevé Clemerson

Quem salva uma vida, salva toda a humanidade.

Ministro Celso de Mello.

RESUMO

A presente monografia tem como tema central a possibilidade, os limites e parâmetros de concretização pelo Poder Judiciário do direito à saúde, apresentando-se o dilema entre o dever de prestação do direito fundamental à saúde e a condição financeira do país. A saúde, indissociavelmente ligada à vida, compõe parcela do mínimo existencial, sendo direito de todos e dever do Estado. No entanto, para concretização desse mister, inevitável torna-se a alocação de recursos materiais e humanos, demandando a inevitável prestação do direito pelo Poder Público, condicionada à disponibilidade de recursos orçamentários. Todavia, importante reconhecer que o direito à saúde, assim como o direito à vida, é valor essencial ao homem, devendo ser, indiscutivelmente, preservado pelo Estado, em todas as suas esferas de atuação. Por tais razões, analisado o caso concreto, estaria o Estado em qualquer vertente legitimado a assegurar o direito social, ainda que para garantir o mínimo existencial.

Palavras-chave: direito à saúde - mínimo existencial – reserva do possível.

ABSTRACT

This term paper is about the possibility and the limits when the Judiciary works for the concretization of the “right of healthy”, presenting the dilemma between the obligation of providing healthy fundamental rights and the country financial issues and difficulties. The healthy, closely attached to life itself, composes what it’s called minimum existential (ME), right of all and Estate duty. However, in order to achieve the right of health, unavoidable the allocation of human and material resources. This way, the Public Administration ability to provide the healthy is conditioned to disponibility of budget resources. Important to acknowledge that the right to healthy, as the right to life, is a essential value to mankind and must be, that can’t be argued, protected by Estate, in every field of its actuation.

Key-words: right to health - minimum existential – reservation of the possible.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE.....	11
1.1 A saúde como direito fundamental de segunda geração	12
1.2 O direito à saúde nas Constituições com ênfase na Carta de 1988.....	19
1.3 O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial	26
2 POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO.....	31
2.1 O princípio da reserva do financeiramente possível	31
2.2 O mínimo existencial e a reserva do possível – limites do dever do Estado à prestação do direito à saúde.....	41
2.3 A atuação do Poder Judiciário em casos de omissão na saúde	44
2.4 Aplicação Jurisprudencial acerca da possibilidade de atuação do Poder Judiciário na prestação do direito à saúde	46
3 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES NO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 175	52
3.1 Síntese da demanda e a necessidade no caso específico do direito à saúde.....	53
3.2 Argumentos da União.....	56
3.3 Dos fundamentos do voto condutor do AgRg na STA nº 175.....	56
3.4 Critérios ou Parâmetros estabelecidos no voto condutor para adoção da decisão de prestação do direito à saúde	59
3.4.1 Existência de Políticas Públicas	60
3.4.2 Existência de motivação para a não prestação de determinado serviço pelo Sistema Único de Saúde.....	61
3.4.3 Análise do caso	64
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O contexto atual da saúde no Brasil demonstra que relevante parcela da população é incapaz de, isoladamente, suportar os custos despendidos com a própria saúde, passando a depender de políticas públicas. Incumbe ao Estado, portanto, a formulação e implementação de políticas sociais e econômicas que visem assegurar o acesso universal e igualitário de todos os cidadãos à saúde.

Diante da sua indiscutível relevância, o ordenamento constitucional pátrio inseriu o direito à saúde em posição de destaque, elevando-o à categoria de direito fundamental, prerrogativa do cidadão e um dever do Estado.

No entanto, inevitável a constatação de que se vive em um país carente de recursos financeiros e estruturais, ou seja, faltam profissionais, equipamentos, medicamentos, como também tratamentos e estabelecimentos adequados, nosocômios e postos de saúde. Neste contexto, por não arcar com as necessidades mínimas da saúde pública, percebe-se cada vez mais o aumento na quantidade de ações judiciais oponíveis ao Estado em que se objetiva, de um lado, compelir a Administração Pública à realização de prestações positivas em matéria de saúde e, de outro, o pagamento de indenização em face deste comportamento omissivo. Consequentemente, opõem-se diametralmente os interesses individuais do cidadão em ter uma vida digna e os recursos estatais escassos, relativamente limitados, indisponíveis para prevenção, promoção e recuperação do direito à saúde.

Neste sentido, cresce a importância do estudo do embate que surge em decorrência da realidade contemporânea no Brasil e que se concretiza na tríade: (1) a inércia do Poder Público, em especial do Poder Executivo, frente ao direito fundamental à saúde e a peculiar condição financeira do país e (2) a efetivação do direito social à saúde pelo Poder Judiciário.

Com este intuito, no primeiro capítulo abordar-se-ão os aspectos constitucionais do direito à saúde, destacando-se, de forma sucinta, o tratamento que lhe vem sendo conferido ao longo da evolução político-constitucional do país, culminando com a proclamação na Carta Política de 1988, quando se consagra como direito fundamental de segunda geração. Além disso, analisar-se-ão as barreiras impostas à concretização do direito à saúde pelo Estado, que impactam na eficácia e na efetividade da tutela dessa garantia.

No segundo capítulo, destacar-se-á o dever do Estado de assegurar o acesso à saúde, a relação dilemática entre o mínimo existencial e a reserva do possível, os limites deste dever e a possibilidade de atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde. Nesse sentido, serão elencados entendimentos jurisprudenciais que demonstrarão o posicionamento adotado nos tribunais brasileiros.

Por derradeiro, será analisada a possibilidade do Poder Judiciário atuar como legislador positivo para concretização do direito à saúde e os limites dessa atuação, adotando-se como paradigma de estudo as razões de decidir do Ministro Gilmar Mendes insertas no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, no Egrégio Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa, portanto, será desenvolvida pela linha dogmático-jurídica, utilizando-se, somente, das técnicas bibliográficas, que consistem em análise de doutrina e dos dispositivos constitucionais e legais que regem o direito à saúde. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal também será balizadora do estudo, refletindo o posicionamento dos tribunais pátrios na aplicação do direito no caso concreto.

1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 elevou o direito à saúde à condição de direito e dever fundamental, alcançando posição de destaque no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, dissertar sobre saúde e a possibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo em face da não concretização desse direito - ou da concretização tardia ou ineficaz - suscita a necessária e prévia análise dos aspectos constitucionais envolvidos, em especial pela relevância desta garantia social.

Primeiramente, insta destacar a amplitude do conceito de saúde conferido pela Constituição Federal, bem como pela legislação infraconstitucional em vigor. A saúde é vista como direito individual de todo o cidadão de ter completo bem-estar físico e mental. Liton Lanes Pilau Sobrinho¹ assim a define: “*direito individual-coletivo da pessoa humana, fazendo a promoção e prevenção, visando à redução da complexidade da doença e primando pela qualidade de vida*”.

Liton Lanes² enfatiza ainda que qualidade de vida não implica o simples afastar dos perigos provocados pelo próprio homem, pela natureza ou pelos deuses. Neste sentido, o art. 25 da Declaração do Homem da ONU enuncia a saúde como uma das condições vinculadas à vida digna³. A Organização Mundial de Saúde, no preâmbulo de sua Constituição de 1946, enuncia a saúde não apenas como ausência de doenças, mas como complemento do bem-estar físico, mental e social, relacionada à felicidade, à harmonia e à segurança dos povos. Significa dizer que se reconhece sadio e saudável não somente o indivíduo que se apresenta em

¹ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UPF aliada à ABEU, 2003, p.128.

² Idem, p.128.

³ Art. 25 - I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle; II) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

perfeitas condições de higidez física e mental, mas aquele que se acha integrado na convivência social como elemento participante e receptivo dos benefícios da vida comunitária.

Assim, a saúde não pode ser entendida como um elemento isolado, desvinculado dos fatores sociais. A integralidade do conceito de saúde envolve um conjunto de fatores que o condicionam e o determinam, tais como a educação, o lazer, a segurança, o trabalho⁴, entre outros, não podendo o Estado escusar-se de seu integral cumprimento.

1.1 A saúde como direito fundamental de segunda geração

Os direitos fundamentais, parte integrante da Constituição escrita, situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico. Tratam-se de normas de superior hierarquia. Cumprem a função de direitos de defesa do cidadão, primeiramente, constituindo-se em regras de competência negativa para os poderes públicos, de modo a proibir essencialmente interferências destes na esfera jurídica individual. Paralelamente, também instituem o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, evitando agressões lesivas ao particular⁵.

Segundo Alexandre de Moraes⁶, entende-se por direitos fundamentais:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e de desenvolvimento da personalidade humana.

Não obstante, nem todos os direitos constitucionais são fundamentais. Isto porque a fundamentalidade traz ao direito uma especial dignidade e proteção, alçando-o inclusive à categoria de cláusula pétrea, assegurando que o poder constituinte derivado não possa limitar ou restringir o seu núcleo básico.

⁴ Art. 1º da Lei Federal nº 8.080 de 1990.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p.541.

⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.162.

Por outro viés, como enfatiza Ingo Wolfgang⁷, os direitos fundamentais, em face de sua importância e do núcleo essencial que visam a proteger, devem ser resguardados, ainda que não previstos na Constituição:

É, portanto, evidente que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais

José Afonso da Silva ressalta que, no qualitativo “fundamentais”, abarca-se a indicação de quais são as situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. E esclarece que “fundamentais do homem” possui o sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados⁸.

Deste modo, denotam-se como características dos direitos fundamentais, a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade. Neste sentido, reconhece-se que os direitos fundamentais são históricos, como qualquer direito, uma vez que nascem, modificam-se e desaparecem: apareceram com a revolução burguesa e evoluem com o decorrer do tempo⁹.

São também direitos inalienáveis, haja vista serem intransferíveis, inegociáveis, não possuindo conteúdo econômico-patrimonial. Nas palavras de José Afonso da Silva, “*se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis*”.¹⁰

E, ainda, são imprescritíveis, tendo em vista que em relação aos direitos fundamentais não se verificam requisitos que importem em prescrição, ou seja, que ocasionem a

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 89.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.178.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.181.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.178.

perda da exigibilidade do direito, do direito de ação. Não há, no âmbito dos direitos fundamentais, interrupção de sua exigibilidade pelo não exercício em um determinado lapso temporal. Sobre a imprescritibilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana, assim esclarece José Afonso da Silva¹¹:

Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. São sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição.

Por fim, são irrenunciáveis, na medida em que aos direitos fundamentais não se pode abdicar. Uma vez conferidos pelo ordenamento jurídico, não se admite que sejam renunciados.¹²

Os direitos fundamentais classificam-se em direitos de primeira, segunda e terceira gerações, e tal classificação baseia-se na ordem cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos¹³ e em virtude dos elementos preponderantes que lhes compõem, quais sejam, um não agir do Estado, uma prestação positiva do Poder Público e o caráter difuso do direito, respectivamente¹⁴. Alguns autores, como Celso Lafer e Paulo Bonavides, consideram, ainda, a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais¹⁵.

Não obstante a existência de modelos teóricos consistentes para a classificação de gerações além da terceira, esses modelos, por vezes, são afastados na medida em que inexistem parâmetros científicos estabelecidos que diferenciem, com magnitude, os novos direitos daqueles pertencentes às três gerações já descritas. Neste viés, esclarece Jairo Schäfer¹⁶:

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.178.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.178.

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.26.

¹⁴ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais – Do sistema geracional ao sistema unitário – Uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15-16.

¹⁵ Nas obras A reconstrução dos direitos humanos e Curso de Direito Constitucional, respectivamente. Para Celso Lafer, os direitos fundamentais de quarta geração protegeriam os cidadãos a despeito da nacionalidade.. No mesmo sentido, Paulo Bonavides sustenta a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais que abrangeria o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

¹⁶ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais – Do sistema geracional ao sistema unitário –**

Com efeito, o direito à paz mundial, geralmente invocado como sendo um direito de quarta geração, possui todas as características que o colocam adequadamente junto aos direitos fundamentais de terceira geração, não obstante seja um direito que ultrapasse as fronteiras estaduais e somente possa ser efetivado a partir da consciência de cidadania global. Todavia, o mesmo fenômeno ocorre com o direito ao meio ambiente equilibrado – típico direito de terceira geração –, não sendo possível limitar os efeitos das agressões a este direito a um determinado território soberano, percebendo-se, nesses direitos, uma interligação entre as diversas dimensões.

Consoante expõe Alexandre de Moraes, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos. São denominados direitos negativos, uma vez que pressupõem a abstenção do Estado em não invadir a esfera das liberdades públicas¹⁷.

Já os direitos fundamentais de segunda geração compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos positivos, vez que exigem uma ação do Estado no sentido de proporcionar a igualdade de oportunidades. Dentre esses direitos incluem-se os relacionados com o trabalho: a seguridade social, a educação, o amparo à doença, à velhice, à subsistência¹⁸.

Por fim, os direitos humanos fundamentais de terceira geração constituem-se nos direitos de solidariedade e fraternidade humana, direitos difusos¹⁹ e coletivos. Protegem os direitos relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos²⁰.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, enquanto a segunda, dos direitos de igualdade e a terceira, de fraternidade, complementando o lema da Revolução Francesa de 1789, qual seja, liberdade, igualdade e fraternidade²¹. Não por acaso a revolução burguesa delineia a famosa Declaração dos Direitos do

Uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.26.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.26.

¹⁹ Nos dizeres de José Marcelo Vigliar, direitos difusos são aqueles relacionados aos interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre eles não há vínculo jurídico ou fático muito preciso. **Ação Civil Pública.** São Paulo: Atlas, 1997, p.42.

²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.26.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1995, p.57.

Homem e do Cidadão, uma manifestação contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, no dizer de Eric J. Hobsbawm, para quem “... a França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática para a maior parte do mundo.”²²

Com efeito, a Carta Magna de 1988 inseriu, em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, quais sejam: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Percebe-se que a Constituição Federal de 1988, após adotar como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito “a dignidade da pessoa humana”²³, apresenta aquele que será o rol dos direitos e garantias fundamentais, a partir da “inviolabilidade do direito à vida”, consoante o art. 5º, *caput*.

O art. 6º da citada Carta Política, por sua vez, proclama a saúde como um direito social, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Na esteira do sobredito, observa-se que a Constituição Federal vigente consagrou expressamente a saúde como direito fundamental da pessoa humana em seu art. 6º, que prevê os direitos sociais, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria.

Assim, o direito à saúde, caracterizado como direito social, é corolário do direito à vida e da proteção da dignidade da pessoa humana. E como direito fundamental de segunda geração seria, portanto, um direito positivo²⁴ a demandar atuação estatal para sua efetivação.

A ótica de Ricardo Lobo Torres aponta que os direitos sociais não podem ser considerados como fundamentais. Neste sentido, sustenta que os direitos sociais, não tendo “status negativus” (como os direitos-liberdades) e por dependerem de concretização legislativa,

²² Hobsbawm, Eric J., *A Era das Revoluções – 1789 – 1848*, 25ª. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 98 e 106.

²³ Art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.26.

afastar-se-iam da noção de direitos fundamentais, não gerando, por si sós, direito a prestações positivas do Estado. Segundo Ricardo Lobo, os direitos sociais seriam princípios de justiça, normas programáticas, a depender da disponibilidade orçamentária do Estado e limitados, portanto, à “reserva do possível”²⁵.

Todavia, o princípio maior em que se encerra o postulado do direito à saúde como direito fundamental, como já exposto, advém da própria Constituição Federal. Desta forma, como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta duas vertentes, uma negativa e outra positiva. Em outras palavras, o direito à saúde deve ser visto como fundamental em sua dupla dimensão: como direito de defesa (negativo) e como direito a prestações²⁶ (positivo).

No âmbito denominado de dimensão negativa do direito à saúde tem-se a saúde como um direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e de terceiros na saúde do titular. Segundo Ingo Sarlet²⁷:

Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa [Abwehrrechte], como propõe Alexy, entre outros) a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde.

Já na perspectiva prestacional positiva do direito à saúde, ou seja, em sua dimensão positiva, impõe-se ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito a todos, com o fornecimento de medicamentos, saneamento básico, campanhas de vacinação, atendimento médico e hospitalar, entre outros.

Assim, conforme explicita Juarez Freitas, o argumento de que os direitos sociais estariam a depender de concretização legislativa para sua efetivação não afasta sua fundamentalidade, posto que *“inexistem direitos fundamentais sociais que não sejam, de algum*

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.269.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre 25(56), 2002, p. 54-55.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre 25(56), 2002, p. 54-55.

modo, independentes do reconhecimento infraconstitucional, cumprindo assumir a tradição da maior garantia em face dos Poderes Públicos, a par da possibilidade de direitos prestacionais puros”²⁸.

José Afonso da Silva corrobora o posicionamento de que os direitos sociais são normas de hierarquia superior, constituindo uma dimensão dos direitos fundamentais do homem, eis que buscam proporcionar uma igualdade de oportunidades, tornando-se, portanto, direitos vinculados ao direito de igualdade²⁹. Além disso, ao criar condições mais propícias à concretização das igualdades reais, os direitos sociais acabam por proporcionar condição mais favorável ao exercício efetivo da liberdade³⁰.

Sendo assim, como qualquer direito fundamental, a saúde implica poderes negativos e positivos.

Como direito de segunda geração, não está inteiramente sujeito – para sua efetivação – à concretização legislativa. Assim como a liberdade e as garantias individuais, apresenta uma dimensão prestacional. E isto não afasta sua fundamentalidade, principalmente por estar intimamente vinculado aos direitos à vida, à igualdade e à liberdade, como a todos os direitos sociais.

Neste sentido, expõe o Ministro Celso de Mello, do C. Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental derivado do Recurso Extraordinário nº 393.175-0/RS, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, *“o direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida*”³¹.

²⁸ FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.209.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.185.

³⁰ De acordo com Ana Paula de Barcellos, os direitos individuais são comumente identificados como direitos da liberdade. Trata-se de um conjunto de direitos cuja missão é assegurar à pessoa uma esfera livre da intervenção da autoridade política ou do Estado.

³¹ STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0/RS, Ministro Relator Celso de Mello, publicado no DJU em 02/02/2007, que versava sobre a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos pelo Estado de pacientes com esquizofrenia paranóica.

Como os outros direitos fundamentais, o direito à saúde possui como características indissociáveis a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade³². A historicidade revela-se pelo fato de que sua proteção evolui com o decorrer do tempo. É, ainda, inalienável, tendo em vista não aferir conteúdo econômico-patrimonial, sendo inegociável, intransferível, e imprescritível vez que, como se viu, o tempo não opera a perda de sua exigibilidade pela prescrição.

Reitere-se, por fim, que o direito à saúde é irrenunciável, uma vez que a ele não se pode abdicar. Como direito intimamente ligado ao direito à vida, não seria razoável a renunciabilidade do direito à saúde, o que comprometeria a proteção do próprio direito à vida.

Não restam dúvidas, portanto, de que o direito à saúde, como direito social, é fundamental, consoante expressamente definiu o ordenamento constitucional pátrio de 1988, em seu art. 6º.

1.2 O direito à saúde nas Constituições com ênfase na Carta de 1988

As Constituições brasileiras de 1824 e 1891, que consolidaram duas mudanças políticas, a independência do Brasil em relação a Portugal e a Proclamação da República, respectivamente, caracterizaram-se por abranger apenas matérias relativas à organização do novo regime e a alguns direitos atualmente classificados como civis e políticos. À saúde, portanto, não foi destinada nenhuma disposição específica³³.

As Constituições de 1934 (Revolução de 1930), de 1946 (redemocratização) e de 1967 (Regime Militar) deram um caráter de generalidade quanto à assistência à saúde, eis que somente são determinadas as competências administrativas da matéria sem elucidar quais seriam os processos e as metas a serem atingidos pelo poder público

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.178.

³³ LUCENA, Cíntia. *Direito à Saúde no Constitucionalismo Contemporâneo in O Direito à vida digna*. Coord. Carmén Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 252-257.

competente³⁴.

A Constituição de 1937 (Estado Novo), no entanto, trouxe o direito à saúde de forma mais específica. Esta Carta Política foi produto do golpe de Estado deflagrado por Getúlio Vargas, quando se implantou um período de ditadura. Por este motivo, apesar de em seu art. 18³⁵ especificar algumas medidas que viabilizavam a concessão do direito à saúde, tais como a regulamentação de casas de saúde e de assistência pública, este direito não pôde, de fato, ser fornecido pelo Estado e exigido e desfrutado pela população³⁶.

Em oposição, o cenário político no qual está inserida a formulação da Constituição de 1988 é marcado pelo movimento de redemocratização do país que ganha força a partir de meados do ano de 1984³⁷.

Neste panorama histórico, a Constituição Federal vigente preocupa-se com a saúde a ponto de a ela destinar uma seção exclusiva em que apresenta os poderes competentes da matéria e as ações que devem ser efetuadas para a sua concretização. Desta forma, consoante determina o art. 196³⁸, a saúde foi considerada um direito fundamental de todos e uma obrigação do Estado em suas três esferas de governo: União, Estados e Municípios, incluindo o Distrito Federal³⁹.

³⁴ LUCENA, Cíntia. *Direito à Saúde no Constitucionalismo Contemporâneo in O Direito à vida digna*. Coord. Carmén Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 252-257.

³⁵ Art 18 – “Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:” (...) “c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;” (...)

³⁶ LUCENA, Cíntia. *Direito à Saúde no Constitucionalismo Contemporâneo in O Direito à vida digna*. Coord. Carmén Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 252-257.

³⁷ LUCENA, Cíntia. *Direito à Saúde no Constitucionalismo Contemporâneo in O Direito à vida digna*. Coord. Carmén Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 252-257.

³⁸ Art. 196 – 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.

³⁹ STJ. AgRg no Ag 886.974/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20.09.2007, DJ 29.10.2007 p. 208. No mesmo sentido: STJ. REsp 773657/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.11.2005, DJ 19.12.2005 p. 268; STJ. AgRg no Ag 893.108/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11.09.2007, DJ 22.10.2007 p. 240.

Em assim sendo, o Estado tem o dever de reduzir o risco de doenças e outros agravos, bem como de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, utilizando, para tanto, políticas sociais e econômicas⁴⁰.

No entanto, para que se promova a saúde, de nada adianta tentar agir de maneira individual; é necessária uma combinação de fatores, com um planejamento que envolva vários setores da sociedade. As campanhas de vacinação, os controles sanitários, a preservação do meio ambiente, a municipalização da saúde, o programa de saúde familiar, o médico virtual, destacam-se como alguns dos principais processos de promoção de saúde.

Nesse viés, pode-se afirmar que não basta tão-somente ter-se assistência médica para a concretização do direito à saúde. Necessita-se, por exemplo, de programas de saúde preventiva e de campanhas de vacinação para evitar-se a proliferação de doenças de fácil controle e promover condições mínimas de qualidade de vida⁴¹, ações cuja responsabilidade incumbe indiscutivelmente ao Estado.

Tem o Estado, portanto, participação fundamental em razão das normas jurídicas nas campanhas de preservação às doenças, na notificação ao tratamento, no isolamento de certas doenças, na vacinação, na destruição de alimentos deteriorados; do mesmo modo, deve exercer o controle do meio ambiente e das condições da relação de trabalho.

Do Estado é esperado que assegure à população o direito ao desenvolvimento de garantias que possam dar condições dignas de igualdade e proteção para a manutenção e recuperação da saúde e, conseqüentemente, para a promoção de uma vida digna, pressuposto basilar da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, conforme se abstrai do art. 199 da Constituição Federal de 1988, a assistência à saúde não é exclusividade do Estado, eis que se previu o acesso da

⁴⁰ Art. 196 – “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁴¹ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UPF aliada à ABEU, 2003, p.128.

iniciativa privada ao ramo da prestação de serviços em saúde⁴².

Observa-se, assim, que o alcance do direito à saúde, conferido pelo ordenamento jurídico constitucional pátrio, compreende não apenas a assistência médica, como também uma atuação preventiva no combate às doenças.

No que concerne à assistência à saúde não só o Estado tem competência para promovê-la, podendo ser a atuação do Sistema Único de Saúde aperfeiçoada pela iniciativa particular, agindo de forma complementar e de acordo com as diretrizes traçadas pelo Governo.

O Sistema Único de Saúde – SUS - foi gradualmente estruturado a partir de 1983, quando, por intermédio de convênios, a União começou a transferir para alguns Estados e Municípios parcela de suas atribuições, através do projeto de Ações Integradas de Saúde – AIS - e, em 1987, do Sistema Único Descentralizado de Saúde – SUDS, terminologia que já antecipava o atual SUS.⁴³

Em 1988, incorporando, parcialmente, as propostas estabelecidas pelo movimento da reforma sanitária brasileira, a Constituição Federal criou o Sistema Único de Saúde, regulamentado dois anos depois pelas Leis 8.080, de 19 de setembro de 1990 e 8.142, de 28 de dezembro de 1990⁴⁴.

Foi, portanto, a Constituição Federal de 1988 que consagrou o Sistema Único de Saúde, cujos caracteres principais foram esculpidos no art. 198, *caput*:

Art. 198- As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e

⁴² Art. 199. Assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão 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. § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

⁴³ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004, p.147.

⁴⁴ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.147-149.

hierarquizada e constituem um sistema único de saúde, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade.

Sobre a instituição do Sistema Único de Saúde, assim se expressa Marlon Alberto Weichert⁴⁵:

A par da previsão de uma competência comum para todos os entes públicos atuarem na área de saúde, a Constituição de 1988 foi bem além, determinando que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único (arts. 198 a 200).

A Constituição de 1988, além de prever o SUS, também fixou princípios e regras⁴⁶, bem como determinou normas que tratam do financiamento do SUS e suas atribuições. O Sistema Único de Saúde está definido no art. 4º da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990- Lei Orgânica da Saúde, como:

o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

Conforme Ana Paula Oriola de Raeffray, esta lei federal, entre outras metas, buscou salientar a função supletiva do Estado em relação aos Municípios, bem como conservar as atribuições executivas da União, como a direção geral do SUS⁴⁷.

O SUS, consoante salienta a mesma Autora, está organizado em uma rede hierarquizada e regionalizada, *“fundamentado em princípios de descentralização, participação da comunidade, priorização das atividades preventivas, direção única em cada esfera de*

⁴⁵ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.149.

⁴⁶ Art. 198 e 199 da Constituição Federal de 1988.

⁴⁷ Raeffray, Ana Paula Oriola. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latim, 2005, p.282.

governo e atendimento integral”⁴⁸.

Seguindo este raciocínio, à União compete, entre outras atribuições, a coordenação, normalização e financiamento do SUS; regulação das relações do SUS com o setor privado; cooperação técnica e financeira a estados e municípios; serviços de atendimento à saúde da população: de forma permanente com o Instituto Nacional do Câncer (INCA), e de forma transitória, por meio da rede própria, integrada por hospitais, postos de assistência médica, ainda não totalmente transferidos para a gestão municipal e estadual.

Já aos estados não há atribuição constitucional específica no que concerne à saúde, cabendo-lhes as responsabilidades semelhantes à União, exercidas pelas Secretarias de Saúde. Aos municípios compete “*prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população*”, conforme dispõe o art. 30, VII da Constituição Federal de 1988⁴⁹.

Dentre os princípios e regras do Sistema Único de Saúde – SUS pode-se destacar a universalidade, a igualdade e a gratuidade. O art. 196 da Constituição Federal de 1988 traz os princípios da universalidade e da igualdade nas ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, concretizadores do princípio da isonomia. A universalidade se expressa no sentido de que os serviços públicos devem ser destinados a toda a população indistintamente. Marlon Alberto Weichert, assim expõe⁵⁰:

O Sistema Único de Saúde não foi formulado apenas para a população carente (como uma política de assistência social) ou para os que contribuem à seguridade social (como uma prestação previdenciária), mas sim para a garantia de saúde a todos que necessitarem e desejarem a ele (sistema público) recorrer. As ações, sejam preventivas ou curativas, devem ser concebidas como de livre acesso e desenvolvidas para toda a população, salvo, obviamente, quando destinadas a um determinado grupo social em função de patologias específicas.

⁴⁸ Raefray, Ana Paula Oriola. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latim, 2005, p.283.

⁴⁹ Raefray, Ana Paula Oriola. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latim, 2005, p.284.

⁵⁰ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.158.

A universalidade, portanto, indica que toda a população é destinatária das ações e serviços públicos de saúde, constituindo em uma atuação positiva do Estado no sentido de promover o direito à saúde a todos. Já a igualdade, segundo Marlon Weichter, postula a não discriminação na prestação dos serviços públicos, possuindo, portanto, uma conotação negativa. O art. 7º, VI, da Lei 8.080/90, consagrou a igualdade ao dispor que a assistência à saúde é devida “*sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie*”. Assim resume, Marlon Weichter⁵¹:

Os princípios da universalidade e da igualdade revelam a todos os cidadãos um direito subjetivo de ser atendido em todo e qualquer serviço público de saúde, independentemente de sua condição física, social, racial, econômica, etc.

Por sua vez, a gratuidade no atendimento, regra implícita no princípio da universalidade, preceitua que os serviços estatais de saúde prestados à população não serão cobrados⁵². Embora não haja uma previsão constitucional, o art. 43 da Lei 8.080/90 é categórico:

Art. 43 – A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

Em epítome, o Sistema Único de Saúde – SUS, instituído pelo ordenamento jurídico constitucional em vigor, é um instrumento de garantia da saúde como um direito de todos e um dever do Estado e, portanto, como concretizador do princípio da isonomia.

O direito à saúde, portanto, uma vez intimamente ligado ao direito à vida, além da proteção constitucional conferida pelos arts. 1º, III que dispõe sobre a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, e 5º, *caput*, que assegura, expressamente, a inviolabilidade do direito à vida, cuja proteção é reforçada pelo art. 60, § 4º, que, por sua vez, dispõe sobre as chamadas cláusulas pétreas, e também está previsto nos arts. 6º como direito social, e 194 e seguintes. Acrescente-se sua previsão nas Leis Federais 8.080/1990, acrescida pela Lei 9.836/1999, e 8.142/1990, bem como em diversas Leis Estaduais e

⁵¹ WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.161.

⁵² WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.161.

Municipais.

1.3 O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial

A Constituição Federal promulgada em 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, inciso III⁵³.

Entende-se por dignidade da pessoa humana uma qualidade intrínseca da pessoa humana e, portanto, irrenunciável, retratada por um mínimo existencial. Para designar o significado e alcance da dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet propõe um conceito jurídico que abarca elementos de diversas concepções doutrinárias, segundo o qual seria:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Alexandre de Moraes⁵⁴, por sua vez, aponta a dignidade da pessoa como:

[...] valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Já José Afonso da Silva sintetiza que *“a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o*

⁵³ Art.1º - “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.”

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.16.

direito à vida”⁵⁵.

A dimensão da dignidade da pessoa humana também foi objeto de estudo de Ana Paula de Barcellos, que assevera, ao defender o princípio como verdadeira norma jurídica:

[...] a consagração constitucional da dignidade, e da mesma forma das condições materiais que compõem o seu conteúdo, teve e tem, sobretudo, o propósito de formular um limite à atuação, ou à omissão, dos poderes constituídos, em garantia das minorias e de todo e qualquer indivíduo⁵⁶.

Em verdade, como já observou Ingo Sarlet, “*o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana (...) reclama uma constante concretização e delimitação pela praxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais*”⁵⁷.

Percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não é apenas um limite à ingerência do poder público na esfera de autonomia do cidadão, mas é também tarefa a ser cumprida pelo Estado e critério importante para a identificação dos direitos fundamentais.

Paulo Bonavides reconhece a íntima ligação entre direitos fundamentais sociais e a dignidade da pessoa humana, afirmando que não há diferença de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais, pois ambos estão conectados a um valor maior: a dignidade da pessoa humana⁵⁸.

O conteúdo da dignidade da pessoa humana, portanto, está intimamente relacionado com os direitos fundamentais ou humanos⁵⁹. Neste sentido tem-se que a dignidade do indivíduo será respeitada quando seus direitos fundamentais forem observados e realizados,

⁵⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.105

⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.192.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 47-48.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 595.

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.110.

ainda que a dignidade não se esgote neles.

Neste contexto, expõe Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁰:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo salienta que as condições mínimas sem as quais o homem não pode viver dignamente estão indicadas expressamente no art.6º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos sociais à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e assistência aos desamparados⁶¹.

Sendo assim, como categoria de direitos fundamentais está os direitos sociais, econômicos e culturais, inserindo-se o direito à saúde como mínimo existencial ou piso normativo mínimo⁶².

Ana Paula de Barcellos, ao reconhecer a saúde básica como mínimo existencial, enfatiza que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Poder Judiciário por força e consequência da Constituição⁶³. Desta forma, se estas prestações fazem parte do mínimo existencial, sem o qual violará a dignidade da pessoa humana, sendo um compromisso fundamental do Estado brasileiro, são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos.

E é por isso que a noção de saúde constitui parcela do mínimo existencial

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.84.

⁶¹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.14.

⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.114.

⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.110.

e deve acompanhar a indispensável prestação por parte do Estado, espelhada em medidas que possibilitem sua efetivação, o que esbarra inexoravelmente na indissociável necessidade de dispêndios públicos para sua concretização. Ou seja: a efetivação do direito à saúde pelo Estado, como mínimo existencial, necessariamente solicita a alocação de recursos materiais e humanos. Encontra-se, portanto, na dependência da disponibilidade destes para sua concretização⁶⁴.

Inexistindo recursos orçamentários suficientes para a garantia da prestação do direito à saúde, aplicar-se-á a reserva do possível, ou seja, o indivíduo só poderia exigir do Estado uma prestação que se dê nos limites de sua disponibilidade e que seja razoável, tendo em vista que não constitui obrigação do Estado fornecer qualquer tipo de prestação, especialmente quando atingir de forma prejudicial o direito de todos os demais cidadãos⁶⁵.

Não se pode olvidar, entretanto, que mesmo quando limitado pela escassez de recursos públicos para sua concretização, o direito à saúde constitui parte de um mínimo existencial, sem o qual não será possível ao indivíduo ter condições básicas de uma vida digna. Em razão de suas enfermidades, não são raras as hipóteses em que as pessoas necessitam de tratamentos de alto custo, muitas vezes sequer fornecidos no Brasil. A dependência do apoio estatal, nestes casos, pode ser imprescindível à sobrevivência do paciente.

Vê-se, portanto, que o direito à saúde, direito fundamental de segunda geração, encontra-se ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a importância da saúde para a vida humana. Como enfatiza Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁶:

Mesmo assim, convém lembrar que a saúde, além de constituir um existencial humano, vinculada que está à garantia da própria sobrevivência da pessoa, também encontra-se conectada, de modo indissociável, com a dignidade, no sentido de que apenas uma vida saudável será uma vida compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana.

⁶⁴ TJRS. Agravo de Instrumento nº 70011342300/RS, Quarta Câmara Cível, Rel Des. Araken de Assis, publicado em 25 de maio de 2005.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 58.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 45.

No âmbito do direito à saúde é insuficiente que sejam asseguradas pelo Estado prestações tão-somente à manutenção e proteção da vida no sentido de sobrevivência física, eis que uma vida com sofrimento, seja ele físico ou psíquico, também constitui uma vida sem dignidade⁶⁷.

Desta feita, a ordem constitucional que reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento primordial e referencial, protege o direito à vida e garante o direito à sua integridade admite e assegura verdadeiramente à saúde a condição de bem jurídico fundamental de segunda dimensão⁶⁸.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 45.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 46.

2 POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha alçado, como se demonstrou, o direito à saúde como direito fundamental e, portanto, de observância e concretude obrigatórias e prioritárias pelo Estado, inevitável a percepção de que se vive em um país com graves limitações de recursos, tanto financeiros como estruturais.

A consequência de um Estado omissivo em relação às necessidades mínimas na saúde pública é o aumento na quantidade de ações judiciais que lhe são oponíveis, objetivando-se compelir a Administração Pública, através da atuação coercitiva do Poder Judiciário, à realização de prestações positivas em matéria de saúde.

Analisar-se-á neste capítulo a possibilidade de atuação do Poder Judiciário como fator determinante de concretização do direito à saúde, mormente em um conflito entre os interesses individuais do cidadão – em ter uma vida digna – e os recursos escassos, relativamente limitados, ou ainda indisponíveis para prevenção, promoção e recuperação do direito à saúde de todos, tal como constitucionalmente assegurado.

2.1 O princípio da reserva do financeiramente possível

O § 1º do art. 5º do ordenamento jurídico constitucional pátrio dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Embora tal disposição estenda-se a todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais – daí incluído a saúde - não significa, necessariamente, que ensejaria o gozo desse direito de forma imediata e independente de concretização legislativa.

Como já explanado no primeiro capítulo, o direito à saúde, além de sua dimensão defensiva (negativa), é também um direito a prestações (positiva). Cabe,

primeiramente, ao legislador federal, estadual e/ou municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria Constituição, a missão de concretizar o conteúdo e alcance do direito à saúde.⁶⁹

A questão a ser estudada reside se na falta de concretização legislativa existiria a possibilidade de reconhecer-se ao particular um direito de exigir judicialmente uma determinada prestação fática, derivada diretamente da previsão normativa contida na Constituição, de caráter amplo, e independentemente de previsão legislativa específica.

Ressalte-se que a Constituição não define, especificamente, em que consistiria exatamente o alcance do direito à saúde. Sobre o assunto, pondera Ingo Sarlet⁷⁰:

Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos genéricos da ordem constitucional positiva.

Diante da generalidade do ordenamento constitucional pátrio quanto ao objeto e alcance do direito à saúde e na medida em que o Poder Público não tem logrado êxito em atender esse compromisso básico, estaria sim o Poder Judiciário autorizado a atender as demandas e a conceder aos particulares o direito à saúde, via ação judicial⁷¹. Neste sentido, enfatiza Ingo Sarlet⁷² que:

[...] não se poderá, desde logo, olvidar que, mesmo numa sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (Häberle) ainda é o Poder Judiciário que, se não com exclusividade, pelo menos com cunho definitivo (no sentido de dispor da “última palavra” quem interpreta e zela pela aplicação e cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais, assumindo assim também um papel relevante na

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* *in* Revista da Procuradoria Geral do Estado. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 56.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* *in* Revista da Procuradoria Geral do Estado. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 56.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* *in* Revista da Procuradoria Geral do Estado. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 57-58.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* *in* Revista da Procuradoria Geral do Estado. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 57-58.

concretização e efetivação das normas de direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais a prestações.

O art. 5º, § 1º da Constituição Federal, que trata da aplicação imediata das garantias e dos direitos fundamentais, possui natureza principiológica no sentido de constituir verdadeira ordem de otimização (ou maximização), isto é, assume função norteadora para que o Estado, compreendido todos os seus poderes (legislativo, executivo e judiciário), busque potencializar e aumentar a eficácia dos direitos fundamentais⁷³.

O referido dispositivo vincula os entes estatais, dentre eles o Judiciário, a fim de que extraiam o máximo de eficácia e efetividade do direito fundamental violado, sendo legítimo socorrer-se, se juridicamente viável, a todos os remédios disponíveis, principalmente diante da inércia governamental de realização de um dever imposto constitucionalmente⁷⁴.

No entanto, a eficácia do direito social à saúde, no âmbito prestacional, que exige um ato positivo do Estado, por sua dimensão econômica, esbarra na indissociável necessidade de dispêndios públicos para sua concretização, ou seja, implica, necessariamente, na alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, portanto, na dependência da disponibilidade destes⁷⁵. E isto porque a prestação do direito à saúde compreende o fornecimento de medicamentos, saneamento básico, campanhas de vacinação, atendimento médico e hospitalar, realização de exames, internação em UTI, etc.

Considerando as limitações de ordem econômica à efetivação dos direitos sociais, percebe-se que a efetividade do direito à saúde em sua dimensão prestacional está condicionada ao que se convencionou denominar de *reserva do financeiramente possível*, no sentido de que o indivíduo só poderia pleitear do Estado uma prestação que se dê nos limites de uma disponibilidade financeira e estrutural e da razoabilidade do pedido.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang . **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 280-281.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988 in Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 58-59.

⁷⁵ TJRS. Agravo de Instrumento nº 70011342300/RS, Quarta Câmara Cível, Rel Des. Araken de Assis, publicado em 25 de maio de 2005.

E mais: como ressalta Ingo Sarlet, além da observância da disponibilidade efetiva de recursos, há a necessidade de buscar o respeito ao princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária. Ou seja: cabe apenas ao legislador legitimado democraticamente a competência para decidir sobre a aplicação dos recursos orçamentários reservados aos direitos sociais e, portanto, também à saúde⁷⁶. Sobre o assunto, expõe Ingo Sarlet⁷⁷:

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) e que, por esta razão, o fator “custo dos direitos” (não exclusivo dos direitos a prestações) implica certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade especialmente dos direitos sociais a prestações, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais básicos, sustentamos o entendimento de que tais objeções não podem ter o condão de impedir o reconhecimento, pelos órgãos do Poder Judiciário, de direitos subjetivos a prestações, pelo menos não em toda e qualquer hipótese.

O Princípio da Reserva do Possível tem como berço o “pensamento jurídico do possível”, introduzido por R. Musil, E. Bloch⁷⁸, Gustavo Zagrebelsky e Peter Häberle, este último o mais expressivo defensor deste princípio nos dias atuais⁷⁹. Isso porque, para ele, este pensamento possibilista - ou o “pluralismo ou pluralista alternativo” - seria expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta.

É o que se pode aferir dos seguintes trechos de sua obra “*Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta*”:

O pensamento possibilista – leia-se, se preferir, “pluralista alternativo” – amplia o horizonte visual para dar cabo em seu seio a outras “novas” realidades, já que se considera que estas corrigiram a trajetória das de antes, especialmente no que diz

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre 25(56), 2002, p. 58.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre 25(56), 2002, p. 58.

⁷⁸ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta**.

Tecnos, Madrid, 2002. p. 59-84

⁷⁹ HÄBERLE, Peter. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken. Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS*, 1980, p. 9 Apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI/EI nº. 1289/DF. Ementa: [...] Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 3 abr. 03 DJ 27.02.2004, p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 dez.2007

respeito as que se englobam na dimensão do temporal em nível normativo, adaptando-as e adequando-as, sobre tudo sem que signifique que necessariamente tenham que resultar melhores simplesmente por ser novidade. Este modo de reflexão possibilista é suscetível de desencadear enormes potencialidades produtivas. Outrossim, no tocante aos múltiplos indícios existentes no Direito contemporâneo vigente, somente uma minoria parece ter plena consciência dele, conferindo, não obstante, certa prática freqüente mais ou menos encoberta.

Consequentemente, quanto mais aberta, plural e política seja uma determinada ordem constitucional – junto com sua correspondente parte dogmática, entende-se -, tanto mais relevante será este tipo de reflexão possibilista, reflexão que cada vez se esforça com mais força à medida que a ciência jurídica vai elaborando e perfilhando com mais nitidez seus próprios conceitos, entre os quais, por exemplo, convém nomear aqui os de Direito Público, tolerância, pluralismo, direito das minorias, representatividade de interesses não organizados ou institucionalizados e, finalmente, os direitos sociais e culturais fundamentais ou básicos. (...) esta forma de filosofia alternativo-possibilista pressupõe um modelo de Constituição sempre aberto, como também aberto deve ser o modelo de Estado, de sociedade e de pensamento ou de filosofia, a par do que creia ser por si mesmo tal abertura, é dizer, sua própria condição intrínseca de abertura⁸⁰

Segundo Peter Häberle, a teoria do possível ou teoria constitucional de alternativas pode converter-se em uma “teoria constitucional de tolerância”⁸¹, na medida em que se consubstanciaria em um pensamento indagativo aberto a várias possibilidades, ampliando suas perspectivas para novas realidades, eis que a realidade do presente pode corrigir a do passado em razão da adaptação de normas ao tempo.

Cabe ainda ressaltar que, segundo este pensamento, a lei não é algo totalmente acabado e perfeito, mas uma “possibilidade jurídica”, devendo ser interpretada para que se conclua se determinado fato da vida se adequa ou não à real intenção do legislador.

As decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha incorporaram os fundamentos da Teoria Possibilista de Häberle, estabelecendo que limitações financeiras poderiam, de fato, comprometer a plena interpretação dos direitos sociais, adotando-

⁸⁰ HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta**.

Tecnos, Madrid, 2002. p. 59-84

⁸¹ HÄBERLE, Peter. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*. **Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS**, 1980, p. 6 Apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI/EI nº. 1289/DF. Ementa: [...] Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 3 abr. 03 DJ 27.02.2004, p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 dez. 2007

se o Princípio da Reserva do Possível⁸².

O *leading case* do referido posicionamento é um julgamento daquela Corte Constitucional alemã, em que um estudante pleiteava tutela que lhe garantisse cursar o ensino superior público, a despeito da ausência de vagas suficientes para todos os interessados, sob o argumento de que a Lei Federal alemã previa a garantia de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão⁸³.

Não obstante a pretensão do estudante, restou assentado na jurisprudência daquele país que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”⁸⁴, ou seja, que os direitos sociais estão sujeitos a uma *reserva do possível*.

No Brasil, a teoria da “reserva do possível” somente alcançou relevância em 1999, por ocasião da publicação da obra de Stephen Holmes e Cass R. Sustein, “*The cost of rights*”, e aparecia frequentemente como limite aos direitos sociais. Deste modo, por inexistir um estudo aprofundado desta teoria, a reserva do possível funcionava como verdadeira barreira à efetividade dos direitos sociais⁸⁵.

Não se pode ignorar que a escassez de recursos igualmente atua como barreira à efetividade dos direitos sociais. Diante da limitação estrutural, organizacional e financeira, a alocação de recursos públicos pressupõe a realização de “escolhas trágicas” e inevitáveis, eis que investir os poucos recursos existentes em determinada área implica deixar de

⁸² NETTO, Sérgio de Oliveira. O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais *in* **Revista Estudos Jurídicos**. Niterói, n. 3, 2006.

⁸³ NETTO, Sérgio de Oliveira. O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais *in* **Revista Estudos Jurídicos**. Niterói, n. 3, 2006

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 276

⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica de princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 237.

atender outras necessidades ⁸⁶.

As decisões a respeito da alocação de recursos têm dois aspectos: (1) quanto disponibilizar e (2) quem atender. A primeira foi denominada *Decisão de Primeira Ordem* e a última de *Decisão de Segunda Ordem*⁸⁷.

As Decisões de Primeira Ordem relacionam-se à aplicação de recursos dentre as várias atividades, o que favorecerá certos bens e serviços em detrimento de outros. Já as Decisões de Segunda Ordem poderiam resultar no favorecimento de alguns às expensas de outros, haja vista existirem bens cujas características excluem vários grupos do universo de beneficiados⁸⁸.

A questão mostra-se bastante complexa e exige o estabelecimento de prioridades e critérios de escolha caso a caso, variando, inclusive, em razão da época do pedido e as características do local onde se ingressou com a demanda judicial. Torna-se ainda mais complicada quando, diante da limitação de recursos, há o conflito envolvendo o direito à saúde de uma única pessoa que necessitaria, por exemplo, de um tratamento de alto custo a ser fornecido pelo Estado e o direito à saúde de uma comunidade, ambas situações a demandarem recursos relativamente equivalentes.

Por isso não há um critério único a orientar as decisões de destinação de recursos escassos para o atendimento das necessidades públicas, em especial a saúde. Em cada caso, a escolha será diferente⁸⁹.

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 237

⁸⁷ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 148-149.

⁸⁸ COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Direitos Fundamentais Sociais: reserva do possível e controle jurisdicional *in* **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 30, n. 63, p. 123-138, 2006

⁸⁹ COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Direitos Fundamentais Sociais: reserva do possível e controle jurisdicional *in* **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 30, n. 63 p. 123-138, 2006

Surge, assim, a problemática: quem estaria legitimado a tomar tais decisões, a realizar a melhor escolha? Precipualemente, o Poder Público, mais especificamente, os Poderes Legislativo e Executivo⁹⁰, os quais são formados por representantes do povo, eleitos democraticamente para processar os gastos de recursos públicos, levando em conta os vários fatores econômicos determinantes das opções e práticas financeiras⁹¹.

Nas palavras de Luiz Nunes Pegoraro⁹²:

Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização de direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando concretizá-lo, com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população.

No entanto, reconhecendo a saúde básica como mínimo existencial, diante da não efetividade da sua prestação, está sim o Poder Judiciário igualmente legitimado a determinar o cumprimento deste, por força e consequência da Constituição, sem que isso constitua violação ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes. O Princípio da Reserva do Financeiramente Possível deve ser invocado com razoabilidade, não podendo servir de escusa à não prestação dos direitos sociais, em especial a saúde⁹³.

Em sentido diametralmente oposto, ensina Carmem Lúcia Antunes Rocha⁹⁴:

A doutrina concebeu o princípio da reserva do possível, segundo o qual a prática das políticas públicas somente poderia ser responsabilizada e cobrada dos agentes, órgãos e agentes públicos quando houvesse recursos disponíveis para a operacionalização dos serviços a serem prestados à sociedade conforme a demanda a ser satisfeita. Não é que

⁹⁰ COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Direitos Fundamentais Sociais: reserva do possível e controle jurisdicional *in* **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 30, n. 63, p. 123-138, 2006.

⁹¹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível *in* **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, São Paulo, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

⁹² PEGORARO, Luiz Nunes. O Controle da Administração Pública e a Cláusula da reserva do possível *in* **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, ano I, n. 1, p. 81-101, jan./2006.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* *in* **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 57-58.

⁹⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível *in* **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, São Paulo, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

os direitos sociais somente existiriam se e quando houvesse recursos bastantes para garantir o cumprimento dos serviços públicos, com os quais as providências que os assegurassem estivessem disponíveis, mas que eles não se efetuariam pelo Estado, não podendo dele ser cobrado. Persistiriam direitos mais oponíveis apenas para que não fossem adotadas políticas públicas que lhes fossem contrárias ou que conduzissem à sua extinção ou ofensa, não à sua promoção. Tem-se, contudo, que os direitos sociais são promocionais, são aqueles que exigem exatamente prestações positivas pelo Estado, logo, no mínimo, ficam minguidados em sua efetivação.

Ana Paula de Barcellos ressalta que existem alguns requisitos para se invocar o Princípio da Reserva do Possível. São eles: a) a demonstração da impossibilidade material de se prestar serviços públicos essenciais na exata medida do constitucionalmente imposto; b) a comprovação de que as aplicações dos recursos em serviços não figurados constitucionalmente ou legalmente como essenciais não foram a causa do descumprimento do primado constitucional dos gastos a serem realizados com fins a garantir as necessidades sociais essenciais; c) a demonstração de que não se poderia exigir, juridicamente, conduta diversa do governante ou administrador público no sentido de modificar a forma de gastos realizados para propiciar melhor atendimento aos quesitos realizadores dos direitos fundamentais; e d) a demonstração de que se buscou, primeiramente, assegurar as condições da dignidade humana, ou seja, garantir as condições mínimas de existência⁹⁵.

Nesta linha, sendo os recursos públicos escassos, hão de ser proporcionalmente distribuídos para o atendimento de todos os direitos sociais, sempre almejando a maximização da prestação do direito, na medida em que tais recursos destinam-se a atender à coletividade como um todo e não apenas um indivíduo. Mas isto não significa dizer que o particular, individualmente considerado, não possui o direito de requerer judicialmente o cumprimento de um direito social, como a saúde, sobretudo quando este direito prestacional não esteja sendo cumprido pelo Estado, e isso coloque em risco outro direito fundamental seu: à vida⁹⁶.

Com este raciocínio, deve o particular reclamar ao Estado tão somente

⁹⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível *in* **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, São Paulo, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.261.

aquilo que seja razoável, uma vez que não está o Estado obrigado a fornecer qualquer tipo de prestação que não se atenha aos limites do razoável, principalmente quando colocar em sacrifício o direito dos demais cidadãos. Neste sentido, expõe Ingo Sarlet⁹⁷:

Cabe lembra, neste contexto, que, nesta linha de entendimento, um direito subjetivo a prestações não poderá abranger – em face dos limites já referidos – toda e qualquer prestação possível e imaginável, restringindo-se, onde não houver previsão legal, às prestações elementares e básicas. Neste sentido, cumpre referir paradigmática formulação pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao lembrar que o particular poderá reclamar do Estado apenas algo que seja razoável. Assim, por exemplo, não parece razoável compelir o Estado a pagar tratamento dentário de cunho não imprescindível, ou mesmo fornecer determinado medicamento, quando existe outro similar em eficácia, mas de custo menor.

Sobre o assunto, expõe Ana Paula de Barcellos que o mínimo existencial, ou seja, as condições materiais mínimas de existência, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver com a reserva do possível. Nessa ótica, ao verificar o significado ou estabelecer os elementos fundamentais dessa dignidade (mínimo existencial), estar-se-ia definindo a destinação prioritária dos gastos públicos⁹⁸. Neste sentido, assim expõe⁹⁹:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

Se a efetivação do direito social à saúde em seu âmbito prestacional está condicionada, necessariamente, à alocação de recursos públicos disponíveis, deve-se buscar, no caso concreto, observar os direitos e princípios em conflito, a fim de garantir a harmonização, fazendo prevalecer – na medida do necessário e respeitando os parâmetros da proporcionalidade

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 58.

⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.246.

⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.246.

e do conteúdo mínimo dos direitos a prestações sociais – os bens mais relevantes, no sentido de um conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna¹⁰⁰.

2.2 O mínimo existencial e a reserva do possível – limites do dever do Estado à prestação do direito à saúde

Como já salientado, a saúde é um estado essencial para a concretização do bem-estar físico e mental de todos os seres humanos, abrangendo, dentre outros fatores, a alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais¹⁰¹.

No entanto, isoladamente, o indivíduo é incapaz de garantir sua saúde, dependendo, portanto, de políticas públicas adotadas pelo Estado, voltadas para uma atuação coletiva, baseada na prevenção e atendimento das necessidades básicas da população como um todo¹⁰².

Muito embora a efetividade do direito prestacional à saúde encontre limites, tais como a reserva possível, e mesmo reconhecendo que os recursos públicos devem ser distribuídos para o atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, estando a saúde indissociavelmente ligada ao direito à vida, existe o direito subjetivo do particular de reclamar em juízo a efetiva concretização do direito à saúde, ou a reparação dos danos oriundos de sua não concretização, ou concretização tardia ou ineficaz¹⁰³.

Em outras palavras, falhando o Estado em seu dever de prestar a saúde

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 58.

¹⁰¹ MATOS, Eduardo Lima de. *Saúde Pública: dever do estado, direito de todos e obrigatoriedade do Ministério Público postular em nome da coletividade* in. **Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe**. Aracaju, 1991, p.93.

¹⁰² MATOS, Eduardo Lima de. *Saúde Pública: dever do estado, direito de todos e obrigatoriedade do Ministério Público postular em nome da coletividade* in **Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe**. Aracaju, 1991, p.94.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre 25(56), 2002, p. 58.

básica essencial à existência digna, nasce a obrigação do Estado, em todas as dimensões e de forma solidária, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, em reparar os danos causados ante sua omissão.

Segundo Ana Paula Barcellos¹⁰⁴:

Falar de eficácia positiva ou simétrica do mínimo existencial na área da saúde significa dizer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição. Mais que isso, tal afirmação significa que os poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações, seja qual for o plano de governo ou orientação política do grupo que, a cada momento, estiver no poder. Em resumo: as prestações que fazem parte do mínimo existencial – sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro – são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos.

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello ressaltou no julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 393.175/RS¹⁰⁵:

Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Embora o direito à saúde tenha sido elevado pela Carta Política de 1988 à categoria de direito fundamental assegurado a todos, não está o Estado obrigado a fornecer toda e qualquer tipo de prestação à saúde, que não se enquadre nos limites do razoável, principalmente quando colocar em sacrifício o direito de todos os demais cidadãos, bem como a indenizar o titular do direito por qualquer ausência na concretização desse direito¹⁰⁶. Não seria razoável, por exemplo, diante da limitação orçamentária do Estado e da necessidade de se estabelecer prioridades que se coadunam com a garantia do mínimo existencial, exigir do Estado um fim de semana em um SPA porque o titular do direito encontra-se estressado. Igualmente desproporcional seria obrigar o Estado ao pagamento de indenização por não oferecer

¹⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.304.

tratamentos estéticos gratuitos.

Diante das limitações orçamentárias e tendo em vista que a prestação positiva do direito à saúde está condicionada à existência de recursos disponíveis e a necessidade de atendimento da prestação do mínimo existencial, resta problemático, no caso concreto, estabelecer o que seria o mínimo existencial. Complexo, também, a destinação de elevadas contingências orçamentárias a um único indivíduo portador de moléstia grave, assegurando-lhe o direito à vida, em detrimento da aplicação de tais recursos em outras políticas que têm por alcance toda uma coletividade¹⁰⁷.

Ana Paula Barcellos ressalta que ao estabelecer a destinação prioritária dos gastos públicos sempre haverá uma escolha que prioriza determinadas situações de necessidade em detrimento de outras, retratando o que Guido Calabresi denomina de “escolha trágica”¹⁰⁸.

Não obstante, o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver em harmonia com a reserva do possível, na medida em que ao se instituir os elementos fundamentais do mínimo estar-se-ia definindo a destinação prioritária dos gastos públicos, não constituindo a limitação de recursos fundamento hábil a isentar o Estado à prestação da saúde¹⁰⁹. Em assim sendo, havendo omissão ou ineficácia do Poder Público na prestação do direito à saúde vindicado, estando a manutenção da vida (digna) em risco, seria legítimo ao cidadão buscar a concretização de seu direito por meio do Poder Judiciário, sob pena do direito à saúde tornar-se promessa constitucional vazia.

¹⁰⁵ STF. 2ª Turma. RE-AgR 393.175/RS, Relator Ministro Celso de Mello. DJU 02.02.2007.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* *in* **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre 25(56), 2002, p. 58.

¹⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.307-320.

¹⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.309.

¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.312-313.

2.3 A atuação do Poder Judiciário em casos de omissão na saúde

A atuação do Poder Judiciário surge como mecanismo indispensável de defesa do indivíduo em face da inércia do Poder Público. Diante desta possibilidade, previu-se, inclusive, a hipótese de responsabilização do Estado pela não efetivação ou concretização tardia do direito à saúde, conforme parâmetros delineados no § 6º do Art.37 da Constituição Federal de 1988. Assim, o cidadão tem assegurada, além da competente ação para buscar judicialmente a realização do direito, a possibilidade de que todo dano que lhe seja ocasionado seja-lhe proporcionalmente ressarcido, tanto por uma conduta comissiva, quanto por uma conduta omissiva do Estado.

Verificada a omissão estatal na saúde nos casos em que o não-funcionamento do serviço público de saúde, seu retardamento ou, ainda, o seu mau funcionamento colocar em risco a vida digna do cidadão, autorizada está a atuação do Poder Judiciário. É o que se observa nos hospitais públicos, por exemplo, em que a falta de manutenção de aparelhos, ou mesmo a falta de aparelhos, e a ausência de medicamentos ocasionam a interrupção de tratamentos indispensáveis à vida, como a radioterapia ou a quimioterapia (tratamentos para pessoas com câncer), retardando a cura e não raro levando ao óbito. Outras vezes, os medicamentos e tratamentos previstos pelo Sistema Único de Saúde – SUS são ineficazes àquela determinada enfermidade, não podendo o Estado se furtar em buscar o atendimento às necessidades do cidadão.

A realidade brasileira evidencia que relevante parcela da população brasileira não possui condições de arcar com os custos envolvidos para aquisição de medicamentos e acesso a tratamentos, incluindo exames e cirurgias, especialmente os essenciais à sobrevivência¹¹⁰. Cite-se, como exemplo, os coquetéis contra a AIDS, os remédios de quimioterapia contra os cânceres, o acesso a tratamento de radioterapia, medicamentos contra a hepatite C, hemofilia, entre outros.

¹¹⁰ SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. *Direto fundamental à saúde. Tutela de urgência in Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.421.

Neste sentido, a ausência de fornecimento de medicamentos gratuitos, de aparelhos em condições de uso, de médicos, de leitos adequados, de instrumentos cirúrgicos, bem como de políticas de controle preventivo ou repressivo no combate a epidemias e doenças¹¹¹, constitui apenas uma das possíveis omissões do Estado em matéria da saúde. Some-se a isto a demora injustificada na atualização de medicamentos e tratamentos previstos pelo SUS, mormente em face da dinamicidade da evolução da medicina e dos fármacos.

Ressalte-se que a saúde constitui obrigação do Estado de cunho emergencial, vez que a não prestação do serviço público de saúde, bem como sua prestação tardia ou ineficaz pode levar a consequências irreparáveis, colocando em risco a própria garantia do direito à vida.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet¹¹²:

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

Assim, competindo ao Estado, entendido como o ente que compreende os três poderes da Federação, prestar o serviço de saúde básica, sua inação ou mesmo uma atuação tardia ou ineficaz que venha a ocasionar dano ao particular faz nascer, indiscutivelmente, o direito de buscar a concretização da tutela necessária junto ao Poder Judiciário, como também o direito de reparação dos danos sofridos.

O direito à ação tem como base justamente um não-fazer, seja essa omissão caracterizada como a total ausência, ou a prestação tardia ou ineficaz, cuja

¹¹¹ TJRJ. 17ª Câmara Cível. Apelação Cível 2008.001.03302, Des. Relator Raul Celso Lins e Silva e Revisor Des. Edson Vasconcelos. DJU 03/04/2008.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 329.

inobservância provoca risco à saúde do paciente, do autor da ação. Por outro lado, é imprescindível a comprovação *in casu* da real necessidade, uma vez que a verificação superficial pode levar ao reconhecimento de uma obrigação inexistente, o que poderá colocar em perigo o direito de uma coletividade em face das escolhas prioritárias indispensáveis quando se trata de recursos escassos. A análise, portanto, deverá ser cuidadosa, pautada por laudos médicos, pois, conforme alhures mencionado, ao Estado é imposto o limite da reserva do possível. Não pode o Estado subsumir-se no papel destinado, por exemplo, à companhia de seguros¹¹³ ou segurador universal da sociedade, até mesmo porque, infelizmente, não dispõe de recursos que lhe permitam assumir tal posição.

Desta forma, não poderá o cidadão ter sua pretensão atendida pelo Poder Judiciário quando não for razoável e a prestação exigida ou quando esbarre nos limites da disponibilidade orçamentária ou ainda quando o tratamento disponibilizado pela rede pública for incapaz de proporcionar os mesmos efeitos do fármaco requerido.

2.4 Aplicação Jurisprudencial acerca da possibilidade de atuação do Poder Judiciário na prestação do direito à saúde

No que concerne à aparente contradição entre a aplicação do mínimo existencial e a reserva do possível, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já decidiram sobre possibilidade de coexistência desses institutos, privilegiando a saúde como direito existencial que não pode ser afastado sob a alegação de insuficiência de recursos financeiros por parte do Estado¹¹⁴:

EMENTA: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER

¹¹³ PEREIRA, Joana Carolina Lins. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão in Revista da Procuradoria Geral do INSS*. Volume 06. Número 03, 1999. Brasília, Janeiro/2000.

¹¹⁴ No mesmo sentido: STF. 2ª Turma. RE 195192 / RS, Relator Min. Marco Aurélio. DJ 31-03-2000, p. 60 e STJ. 1ª Turma. REsp 811.608/RS, Rel. Ministro Luiz Fux. DJ 04.06.2007, p. 314.

CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

(...)

(RE-AgR 393175 / RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgamento: 12/12/2006 , Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJ 02-02-2007 PP-00140)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a importância do direito à saúde, solidificou seu posicionamento no sentido de reconhecer a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos e tratamentos gratuitos por parte do Estado a pacientes que deles necessitem, avalizando, inclusive, a possibilidade de bloqueio de verbas públicas de forma a assegurar a concreção do direito. Neste sentido, confira-se¹¹⁵:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE CONTAS DO ESTADO – POSSIBILIDADE.

1. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de

¹¹⁵ Igualmente: STJ. 2ª Turma. REsp 857.502/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS. DJ 30.10.2006, p. 284 e STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 878.441/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON. DJ 20.04.2007, p. 340.

medicamentos pelo Estado.

2. Embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 835.687/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04.12.2007, DJ 17.12.2007 p. 160)

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a Teoria da Reserva do Possível em hipóteses excepcionais, nas quais se busca a preservação dos direitos à vida e à saúde, a Teoria não pode se sobrepor à saúde e à vida, que são bens máximos e impossíveis de terem sua proteção adiada. Deste modo, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde, a exegese da regra inserta no § 5º do Art. 461 do Código de Processo Civil deve pressupor a observância do ordenamento constitucional de tal modo a possibilitar, em casos excepcionais, a mitigação do princípio da impenhorabilidade dos bens públicos¹¹⁶.

Em outras palavras: embora reconheça que as limitações financeiras constituem verdadeiras barreiras à efetividade dos direitos sociais, não há como se utilizar o instituto da Reserva do Possível de modo a se tornar o oposto do princípio do mínimo existencial, ainda mais no Brasil em que não são asseguradas as condições mínimas para uma vida digna.

Segundo o Ministro Humberto Martins, relator do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.136.549-RS, somente após o alcance de um mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos. Observada a omissão injustificada do Poder Público em concretizar as políticas públicas, não pode o Poder Judiciário ser espectador passivo e manter-se inerte ao descumprimento dos preceitos constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não constituindo tal atitude ingerência indevida ou extrapolação de suas funções ou, ainda, atentado à separação dos poderes. O acórdão restou assim ementado:

¹¹⁶ STJ, 2ª Turma. AgRg no Ag 645.746/RS, Rel. Ministro JOAO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 05.09.2005, p. 362.

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010)

Por outro lado, o Estado, em face da escassez de recursos, não pode ser coibido a prestar toda e qualquer obrigação, de modo ilimitado e indiscriminado, sob pena de, em uma ponderação equivocada de valores, colocar em risco o direito de toda uma coletividade.

For neste espeque que o Superior Tribunal de Justiça, no bojo do Mandado de Segurança nº 28.962-MG, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, no qual um cidadão buscava a prestação pelo Estado de Minas Gerais de tratamento de alto custo para cura de psoríase, não denotando que o fármaco possuía a eficácia alegada e superior ao disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde, negou a segurança, com fundamento no Princípio da Reserva do Possível, já que o Poder Judiciário não poderia imiscuir-se na alçada da Administração Pública, criando desequilíbrio nas contas públicas. Por este viés, de nada adiantaria ordem judicial cujo cumprimento não se mostrasse viável por ausência de recursos. Confira-se a ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM

MANDANDO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA E CONSEQUENTEMENTE DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.

1. "A concessão da ordem, em sede de Mandado de Segurança, reclama a demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, do direito líquido e certo invocado" (RMS 24.988/PI, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18 de fevereiro de 2009).

2. No caso em foco, o compulsar dos autos denota que não há prova pré-constituída a embasar o pleito deduzido neste writ of madamus.

Deveras, a prescrição medicamentosa do remédio Enbrel por médico conveniado ao Sistema Único de Saúde (fl. 15) não é suficiente para comprovar que a resposta do paciente ao tratamento será melhor do que aquela obtida com os medicamentos oferecidos pelo SUS (acitretina e ciclosporina) (fl. 18).

3. A produção da prova subjacente à assertiva de que o tratamento do paciente com a droga Enbrel surtirá mais efeito é de grande complexidade e, à toda evidência, demanda a realização de perícia técnica, cuja dilação probatória é incompatível com rito célere do mandado de segurança.

4. Ainda sob esse ângulo, o documento indicativo de que o tratamento deve ser realizado com o fármaco Enbrel (receita à fl. 15) foi produzido unilateralmente, sem o crivo do contraditório. Ademais, a contraprova produzida pelo impetrado, consistente na Nota Técnica NAT/AF n. 0321/2007 (fls. 74-76), milita em sentido oposto à pretensão do impetrante, pois consignou que: (a) o etanercepte, substância ativa do Enbrel, é de alto custo, relativamente nova e ainda não testada satisfatoriamente em pessoas portadores de psoríase; (b) o relatório médico de fl. 28 informa que o paciente foi tratado com acitretina, corticoterapia sistêmica e tópica e hidratantes, mas não se refere aos medicamentos oferecidos pelo Ministério da Saúde para o tratamento de psoríase (ciclosporina e acitretina); e (c) a droga em comento foi recentemente incluída, pelo Ministério da Saúde, no rol de medicamentos com dispensação em caráter excepcional, através da Portaria MS/GM n. 2577/2006, e a sua utilização foi tão somente autorizada por aquele órgão para o tratamento de artrite reumatóide. Logo, a questão gravitante em torno da eficácia superior do Enbrel para o tratamento de psoríase e da menor manifestação de efeitos colaterais advindos da sua utilização deve ser analisada à luz do processo cognitivo (Precedentes: RMS 22.115/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 22 de junho de 2007 e RMS 17.873/MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 22 de novembro de 2004).

5. Apenas a título de argumento obter dictum, as ações ajuizadas contra os entes públicos com escopo de obrigar-lhes indiscriminadamente ao fornecimento de medicamento de alto custo devem ser analisadas com muita prudência.

6. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infindáveis necessidades de todos os cidadãos.

7. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros.

8. O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos.

9. Recurso ordinário não provido.

(RMS 28.962/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA,

julgado em 25/08/2009, DJe 03/09/2009
LEXSTJ vol. 242, p. 55)

Como se observa nos arestos colacionados, ao Estado é dado prestar a assistência à saúde dos administrados, não sendo o limite da reserva do possível elemento que obste ou o exima da referida obrigação, de modo incondicional, mas observados os limites da proporcionalidade, razoabilidade e necessidade. O direito à saúde, como mínimo existencial, deverá ser concedido pelo Estado, sob pena de responsabilização pelos danos decorrentes em sua amplitude.

▪

3 ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES NO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 175

Em razão da ineficaz concretização do direito social à saúde pelo Poder Público, afere-se um substancial incremento no número de demandas judiciais visando à efetiva concessão deste direito mediante atuação direta do Poder Judiciário.

Tratando-se, portanto, de direito fundamental indispensável e consecutório da vida digna, certo é que ao Estado, em qualquer âmbito ou esfera, não é permitido escusar-se de seu dever de assegurar o direito à saúde, mormente por se tratar de uma determinação constitucional.

Todavia, não se pode olvidar, como explanado neste estudo, que se está diante de um país carente de recursos humanos e materiais, pelo que a atuação estatal está, senão limitada, ao menos vinculada à reserva do possível, eis que a prestação de um direito individualmente considerado pode colocar em risco o mesmo direito à saúde de uma coletividade.

Não se pretende sinalizar para um aparente conflito de direitos, mas sim uma ponderação de valores em face dos direitos sociais e, portanto, fundamentais à celebração da dignidade da pessoa humana. A alocação com definição estratégica dos recursos escassos certamente é uma indicação da atuação estatal.

Ocorre que diante das situações concretas não é simples realizar a ponderação de valores, considerando que são equivalentes em sua importância naquela situação, o que dificulta a escolha drástica na destinação prioritária de recursos. Diante das várias demandas judiciais e sensível às mais diversas questões envolvendo necessidades concretas de atuação do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal promoveu Audiência Pública sobre

Saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, oportunidade em que se analisou, junto a vários ramos da sociedade, a complexidade relacionadas à concretização deste direito.

As discussões travadas e conclusões resultantes da Audiência Pública permearam e serviram de base argumentativa para o voto condutor do Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 perante o Supremo Tribunal Federal, de lavra do Ministro Gilmar Mendes, referência hoje no estudo do tema, já que estabeleceu diretrizes na realização de providências estatais, em todas as esferas, com vistas à conformação de procedimentos para a efetivação do direito à saúde, bem como reconheceu a indispensabilidade de atuação ou não do Poder Judiciário¹¹⁷.

As premissas traçadas neste julgamento, portanto, é que o se abordará neste capítulo.

3.1 Síntese da demanda e a necessidade no caso específico do direito à saúde

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, com o fim de obter o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat) em favor de Clarice Abreu de Castro Neves, à época contando com 21 anos de idade, portadora de doença neurodegenerativa progressiva denominada Niemann-Pick Tipo “C”, doença rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, dentre eles movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas, diagnosticada quando a paciente ainda era criança.¹¹⁸

Em primeira instância, o caso concreto não foi apreciado, tendo o processo sido extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil, eis que o Juízo da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará considerou a ilegitimidade ativa do *Parquet*, com base na maioria da pessoa doente e no fato de que o

¹¹⁷ STF. Sessão Plenária. AgRg na STA nº 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ 30.04.2010

¹¹⁸ Dados retirados do relatório do voto condutor do AgRg na STA nº 175.

Ministério Público Federal não poderia substituir a Defensoria Pública.

Interposto recurso de apelação pelo Ministério Público Federal, a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região reconheceu a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da ação civil pública e deferiu antecipação de tutela para que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza fornecessem o medicamento Zavesca (Miglustat) à jovem de 21 anos portadora da doença neurodegenerativa progressiva (Niemann-Pick Tipo “C”).

A União, então, ajuizou pedido de suspensão da tutela antecipada perante o Supremo Tribunal Federal, registrada sob o número 175, aduzindo, em preliminar, a ilegitimidade ativa do *Parquet* Federal e a ilegitimidade passiva da União. Alegou, ainda, a ocorrência de grave lesão à ordem pública - uma vez que o fármaco à época não teria sido aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, tampouco constava no rol impresso na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde - e de grave lesão à economia pública, em razão do alto custo do medicamento, estimado em R\$ 52.000,00 por mês. Arguiu, por fim, a possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”.

Em 8 de novembro de 2007, a Ministra Ellen Gracie determinou o apensamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 178/DF aos autos, por considerar idênticas as decisões formuladas¹¹⁹.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer, manifestou-se pelo indeferimento do pedido de suspensão, sob o fundamento de existência do *periculum in mora* inverso¹²⁰.

¹¹⁹ Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 178, o Município de Fortaleza requereu a suspensão da decisão liminar com base, igualmente, em alegações de lesão à ordem pública, em virtude da ilegitimidade do Ministério Público para propositura de ação civil pública a fim de defender interesse individual de pessoa maior de 18 anos.

¹²⁰ Art. 273, § 2º do Código de Processo Civil. Segundo Humberto Theodoro Júnior (in Curso de Direito Processual Civil, Forense, 24ª edição, 1998, p. 370), a denegação da antecipação da tutela é sempre obrigatória quando irreversíveis os efeitos do deferimento ou quando os efeitos sejam nefastos para quem sofre a antecipação da tutela. Isto quer dizer que não será possível restabelecer a situação anterior, caso a decisão antecipada seja reformada.

Em despacho, o Ministro Relator Gilmar Mendes solicitou que o Ministério Público Federal informasse se a substituída Clarice Abreu de Castro Neves ainda realizava tratamento com o medicamento ZAVESCA (Miglustat), tendo em vista que a Agência Europeia de Medicamentos (EMA) havia divulgado a retirada do pedido de indicação de uso do medicamento pelo Laboratório Actelion Registration.

Nesta oportunidade, a Procuradoria-Geral da República informou que a paciente ainda realizava tratamento com o medicamento ZAVESCA, conforme relatório médico do neurologista da Rede SARAH de Hospitais do Aparelho Locomotor, Doutor Dalton Portugal. Acostou, também, comunicado da Agência de Medicina Europeia, de 18 de dezembro de 2008, ratificando a indicação do medicamento em questão para o tratamento da doença Niemann-Pick Tipo C.

Colhidas as informações, em 18 de setembro de 2009 o Ministro relator Gilmar Mendes, monocraticamente, convicto que pleito nos autos não provocaria grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas, indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela União, mantendo incólume o v. acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Cabe enaltecer que a decisão assegura algumas conclusões fáticas consistentes na existência de prova pré-constituída respaldada pelo laudo médico do Hospital Sarah certificando a essencialidade do medicamento para o aumento de sobrevida e de qualidade de vida da paciente, na impossibilidade de a paciente custear o tratamento e na existência de registro do referido fármaco na ANVISA.

Irresignada, a União interpôs agravo regimental buscando o julgamento pelo colegiado e a revisão da decisão, ao qual foi negado provimento à unanimidade, em voto que traçou paradigmas importantes para a questão da saúde pública do país, como se passará a expor.

3.2 Argumentos da União

Em face da escassez de recursos e da escolha alocativa com foco no atendimento da população, bem como na teoria da reserva do possível, a União, em sede de agravo regimental contra a decisão monocrática que indeferiu o pedido de suspensão da tutela antecipada, sustentou nas razões recursais que a decisão violaria o princípio da separação de poderes e as normas e regulamentos do SUS, bem como que desconsideraria a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, e caracterizar-se-ia, no caso, indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas.

Ademais, a União inferiu que seria ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, bem como argumentou com a contrariedade ao sistema de repartição de competências entre os entes da federação, considerando a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do Sistema Único de Saúde, mormente em face da inexistência de norma específica que determinasse a solidariedade.

Defendeu que somente seria legítimo para figurar no polo passivo o ente responsável pela dispensação do fármaco requerido e que a prestação do medicamento de alto custo causaria grave lesão às finanças e à saúde públicas, e implicaria deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador.

3.3 Dos fundamentos do voto condutor do AgRg na STA nº 175

Para refutar os argumentos impingidos pela União, bem como em face da complexidade que envolve a prestação de tratamentos e de fármacos pela Administração, por ingerência do Poder Judiciário, mormente quando de custo elevado, o Ministro Gilmar Mendes ampliou em seu voto a discussão, trazendo elementos norteadores à concretização do direito social à saúde.

Isto porque a judicialização do direito à saúde, além de promover

intensos debates para os operadores do direito, envolve também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo, vez que, embora seja essencial no cumprimento efetivo deste direito, colocam os elaboradores e os executores das políticas públicas – que se veem compelidos a prestar o direito de modo divergente com a política pública traçada pelos governos e alocada para a saúde – em desconformidade com as possibilidades orçamentárias.

Neste viés, estabelece divergências doutrinárias que se lançam em determinar como e em que medida o direito constitucional à saúde constitui um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

O Ministro Gilmar Mendes reconhece que a resposta para tal discussão decorre, especialmente, da natureza prestacional e da necessidade de compatibilização do “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

Citando Claus-Wilhelm Canaris, enfatiza, em seu voto, que os direitos fundamentais, neles incluídos o direito social saúde, trazem em seu conteúdo, não apenas uma proibição de intervenção e de proteção insuficiente¹²¹. Em outras palavras, o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais denota-se não apenas de uma não intervenção na esfera individual como também na prestação efetiva do direito no seu âmbito positivo, destacando, por conseguinte, que existe demanda por providências estatais com o escopo de criar e conformar órgãos e procedimentos necessários à sua efetivação e, conseqüentemente, pela indispensabilidade do dispêndio de recursos públicos.

Da necessidade de prestação pelo Estado com indissociável destinação de verbas, evidencia-se o problema da “escassez dos recursos” e a imperatividade de se fazerem escolhas alocativas.

Deste modo, aponta o Ministro Gilmar Mendes que esta dependência de

¹²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts**, Jus , 1989, p. 161.

recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva uma parcela doutrinária a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, condicionados à formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Por este âmbito, a intervenção do Poder Judiciário em face de uma omissão do Poder Público na consecução efetiva de políticas públicas consistiria sim violação ao princípio da separação dos Poderes e do princípio da reserva do financeiramente possível.

Contrariamente a este posicionamento, o Ministro Gilmar Mendes destaca a imprescindibilidade da análise do caso concreto, cabendo destacar excerto de seu voto:

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão.

Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Reconhece o Ministro, em sintonia com Gustavo do Amaral, que o Poder Judiciário, embora imbuído de poderes para efetivar a justiça do caso concreto (microjustiça), certas vezes não seria capaz de vislumbrar as consequências gerais da destinação de recursos públicos de um único cidadão.¹²²

Por outro lado, ressalta que a efetivação dos direitos sociais, mormente o

¹²² STF, AgRg na STA nº 175. Voto do Ministro Gilmar Mendes, *apud* AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001

direito à saúde, são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana, razão pela qual ao menos o “mínimo existencial” não poderia ser afastado da apreciação judicial já que pressuposto lógico do princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, sublinha que a efetivação dos direitos sociais, mormente o direito à saúde, são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana, razão pela qual ao menos o “mínimo existencial” não poderia ser afastado da apreciação judicial.

As questões aventadas pelo Ministro Gilmar Mendes, portanto, refletem um posicionamento no sentido de que a análise do caso concreto deve observar todas as peculiaridades que envolvem a questão, enfatizando que os juízos de ponderação entre os direitos individuais e coletivos serão inevitáveis, de modo que a atuação estatal alcance a maior efetividade possível dos direitos fundamentais em jogo, tudo em observância ao art. 196 da Constituição Federal de 1988¹²³.

3.4 Critérios ou Parâmetros estabelecidos no voto condutor para adoção da decisão de prestação do direito à saúde

Com base nos depoimentos prestados por especialistas em matéria de saúde pública pertencente a diversos setores¹²⁴ na audiência pública sob a organização do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes destaca em seu voto a necessidade de “*redimensionar a questão da saúde no Brasil*”, na medida em que identificou que na maioria dos casos a intervenção do Poder Judiciário não se dá ante a ausência total de políticas públicas, mas sim visando ao cumprimento de políticas públicas já existentes. Não há, deste modo, interferência de funções típicas de outros poderes.

Diante de tal constatação, passou-se a delinear critérios ou parâmetros para a interferência do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde.

¹²³ Vide nota de rodapé 37

¹²⁴ Gestores públicos, membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil

3.4.1 Existência de Políticas Públicas

Segundo orientação do Ministro Gilmar Mendes, o primeiro critério a se identificar é a existência ou não de políticas públicas que alcance a prestação de saúde requerida. Neste viés, o Judiciário, ao deferir o cumprimento de tratamento já incluído nas políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, não estaria criando política pública.

Por outro lado, se a pretensão pleiteada não estiver abrangida pelas políticas do Sistema Único de Saúde, necessário definir se a não concretização do direito se deu por: (a) uma omissão legislativa ou administrativa; (b) de uma decisão da administração de não fornecê-la; (c) de uma vedação legal ao seu fornecimento.

Isto porque muitas vezes, no caso concreto, a prestação de saúde pleiteada visa ao fornecimento de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, sendo vedado à Administração o seu fornecimento, nos termos da Lei nº 6.360/76¹²⁵, especialmente nos artigos 12, 16 e 18. Tal óbice constitui verdadeira garantia à saúde pública, na medida em que o registro na ANVISA demanda a análise da eficácia do fármaco, a segurança e a qualidade do produto. Após o registro, há a verificação pela ANVISA da fixação dos preços definidos, tendo como parâmetro o benefício clínico e o custo do

¹²⁵ Lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976, que 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. Art. 12. 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.

Art. 16. O registro de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos, dadas as suas características sanitárias, medicamentosas ou profiláticas, curativas, paliativas ou mesmo para fins de diagnóstico, fica sujeito, além do atendimento das exigências regulamentares próprias, aos seguintes requisitos específicos: I - que o produto obedeça ao disposto no Art.5, e seus parágrafos (Redação dada pela Lei nº 6.480, de 1º de dezembro de 1977); II - que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias; III - tratando-se de produto novo, que sejam oferecidas amplas informações sobre a sua composição e o seu uso, para avaliação de sua natureza e determinação do grau de segurança e eficácia necessários; IV - apresentação, quando solicitada, de amostra para análises e experiências que sejam julgadas necessárias pelos órgãos competentes do Ministério da Saúde; V - quando houver substância nova na composição do medicamento, entrega de amostra acompanhada dos dados químicos e físico-químicos que a identifiquem; VI - quando se trate de droga ou medicamento cuja elaboração necessite de aparelhagem técnica e específica, prova de que o estabelecimento se acha devidamente equipado e mantém pessoal habilitado ao seu manuseio ou contrato com terceiros para essa finalidade. Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 6.480, de 1º de dezembro de 1977).

Art. 18. O registro de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos de procedência estrangeira dependerá, além das condições, das exigências e dos procedimentos previstos nesta Lei e seu regulamento, da comprovação de que já é registrado no país de origem.

tratamento, evitando-se, desta forma, a cobrança de valores abusivos pelo medicamento.

Deste modo, não se pode olvidar que é imprescindível o registro perante a ANVISA para que o medicamento seja comercializado e incluído nas políticas públicas do Sistema Único de Saúde, fato que se constitui numa proteção ao cidadão. Todavia, não se pode também deixar de levar em consideração que o procedimento de registro perante a ANVISA pode vir a durar tempo do qual o cidadão não disponha, dependendo de seu quadro clínico e da enfermidade que o acomete. Ademais, em face da realidade do país, percebe-se que a inclusão de medicamentos nas políticas públicas, em especial lista de medicamentos fornecidos pelo SUS, não acompanha em par e passo de igualdade a evolução dos fármacos e tratamentos, que podem assegurar uma eficácia maior no tratamento, redução do seu tempo e dos seus efeitos colaterais que igualmente serão tratados pela rede pública e demandarão também recursos humanos e financeiros.

Por assim ser, infere o Ministro Gilmar Mendes que a inexistência de registro na ANVISA a impedir a prestação do direito vindicado não é uma regra absoluta. Até mesmo a própria lei nº 9.782/99 - que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA - autoriza que ela dispense o registro de medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde. No caso concreto, portanto, pode exigir a relativização desta regra.

3.4.2 Existência de motivação para a não prestação de determinado serviço pelo Sistema Único de Saúde

Outro critério que se deve observar é a existência de justificativa ou não da Administração para o não atendimento da prestação de saúde. Neste espeque, enfatiza o Ministro Gilmar Mendes que existem casos em que o SUS não prestou o serviço requerido por entender que inexistem manifestações científicas suficientes para permitir sua inclusão nas políticas públicas.

É a hipótese a partir da qual podem acontecer duas outras situações: (a) o

SUS oferece tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente; (b) o SUS não tem tratamento específico para uma determinada doença.

Por força do que dispõe o art. 196 da Constituição Federal, poder-se-ia chegar à conclusão de que do Estado somente é exigível o fornecimento de políticas sociais e econômicas por ele formulados para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Elucida o Ministro relator que o SUS filou-se à teoria da “medicina com base em evidências”, adotando-se, com isso, “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que estabelecem um “*conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses*”, conforme definido pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto.

Por este viés, o fornecimento de tratamento médico não abrangido pelos Protocolos e Diretrizes do SUS devem ser prestados com acuidade, pois podem contrariar um consenso científico.

Ademais, enfatiza o Ministro Gilmar Mendes que o princípio da universalidade e igualitário da saúde, premissas traçadas no art. 196 da Constituição Federal de 1988, somente pode ser alcançado mediante uma gestão pública com foco em políticas públicas que repartam os recursos escassos de modo mais equânime e eficaz possível. Caso contrário, a prestação de saúde de toda e qualquer necessidade, sem amparo no princípio da razoabilidade, poderá colocar em risco grande parcela da população, comprometendo-se a própria existência do SUS.

Assim, conclui o Ministro que, *a priori*, deve-se privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS, na medida em que prestigia a política pública escolhida com base nos Protocolos e Diretrizes, e visam ao maior alcance do direito à saúde, desde que não seja comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política existente.

Não obstante, para o Ministro Gilmar Mendes a priorização da adoção do

tratamento abrangido pelo SUS não afasta a possibilidade de que o Poder Judiciário, ou mesmo a própria Administração, em razão de especificidades próprias do organismo do paciente, determinar que se priorize o fornecimento de ação de saúde divergente do SUS. Como corolário da vida, a saúde deve, portanto, ser protegida pelo Estado, ainda que se relativize, em situações específicas, os pressupostos primordialmente estabelecidos como de saúde pública.

Ainda, nos moldes já evidenciados, salienta que os Protocolos e Diretrizes do SUS nem sempre estão em conformidade com as descobertas farmacêuticas e medicinais, já que a burocracia administrativa pode não acompanhar o ritmo da evolução biocientífica, tornando-se, portanto, questionável em certas medidas e em face do caso concreto.

Hipótese diversa é aquela em que inexistente tratamento na rede pública para a enfermidade acometida pelo paciente. Nesta situação, há que se distinguir os tratamentos puramente experimentais, dos novos ainda não testados pelo SUS. Neste sentido, elucida o Ministro em seu voto:

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

Como esclarecido, na Audiência Pública da Saúde, pelo Médico Paulo Hoff, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las.

No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

Evidencia-se, pois, segundo orientação do Ministro Gilmar Mendes, que tratamentos experimentais, *per se*, estariam excluídos da prestação pelo Estado, inclusive como medida estatal de proteção ao não agravamento da enfermidade, já que, sendo experimental, não possuiriam eficácia comprovada.

Noutro sentido, tratando-se de prestação de saúde ainda não abrangida pela política pública do Sistema Único de Saúde, pelas questões já trazidas à baila neste estudo, não se pode excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamentos há muito fornecidos pela iniciativa privada, pois prestigiaria a burocracia administrativa na revisão dos Protocolos e Diretrizes públicas, em detrimento do próprio direito à saúde. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Em epítome, o voto do Ministro Gilmar Mendes traça diretrizes básicas, pautadas pela oitiva de diversos setores da saúde pública, atento que se mostrou à realidade da saúde brasileira e da evidente escassez de recursos. Independente da situação vindicada no Judiciário, ressalta o Ministro a importância da eficaz instrução das demandas, possibilitando aferir os elementos que diferencia a hipótese de saúde trazida à submissão do Judiciário. A ampla instrução probatória, portanto, é imprescindível à adequação e tomada de decisão pelo julgador, devendo ser considerados os elementos normativos e fáticos da questão jurídica aventada.

3.4.3 Análise do caso

Em análise ao caso concreto proposto na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 pela União, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que os argumentos trazidos não elidem a necessidade da prestação de saúde requerida pela Sra. Clarice Abreu de Castro, que comprovou a imprescindibilidade da medicação para o aumento de sobrevida e melhoria da qualidade de vida, o seu não fornecimento pela Administração e o registro do fármaco na ANVISA.

Amparado pelo conjunto-probatório carreado aos autos, o Ministro afastou o argumento da União no sentido de afronta à separação de Poderes, na medida em que o

Poder Judiciário, na hipótese, não criou política pública, não se imiscuindo, portanto, nas funções inerentes e típicas dos demais poderes.

No que tange à ilegitimidade passiva arguida pelo ente federal, restou, também afastada, eis que o hodierno entendimento do Supremo Tribunal Federal¹²⁶, acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, filia-se à teoria de que a responsabilidade dos entes da Federação é solidária, já que incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, proporcionar a saúde. Tanto assim o é que o financiamento do Sistema Único de Saúde, conforme determina o art. 195 da Constituição Federal, dar-se-á com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Cabe ressaltar que no Supremo Tribunal Federal está em tramitação proposta de súmula vinculante neste sentido.

Por fim, rechaçou a alegação de que o medicamento de alto custo causaria grave lesão à economia e à saúde públicas, posto que tais dados não foram demonstrados nos autos, verificando-se, no caso, a ocorrência de grave lesão em sentido inverso em claro prejuízo à paciente, caso deferida a suspensão pleiteada.

¹²⁶

STF, Recurso Extraordinário 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000

CONCLUSÃO

Pelo exposto no presente trabalho, pode-se verificar que o tratamento dado ao direito à saúde ganhou relevância com a evolução político-constitucional do país, sendo elevado à categoria de direito fundamental da pessoa humana pela Constituição Federal de 1988. A saúde, indissociavelmente ligada ao direito à vida e à existência digna, constitui parcela do mínimo existencial, sendo inserida no rol dos direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Política. E assim sendo, comporta duas dimensões: uma negativa, consistente no direito de defesa, e outra positiva, de cunho prestacional.

Na esfera prestacional, viu-se que, diante do elevado custo da saúde e em face da realidade econômica do Brasil, o indivíduo é incapaz de atuar exclusivamente para garantia de sua saúde. Neste sentido, impõe-se ao Estado o dever de estabelecer políticas públicas voltadas à concretização do direito à saúde, baseada na prevenção, promoção e recuperação da saúde básica da população como um todo.

No entanto, o dever de prestar a saúde pelo Poder Público vem acompanhado da imprescindível destinação de recursos escassos, sejam eles materiais ou humanos. Desta forma, considerando-se as limitações de ordem econômica à efetivação deste direito, é que se conclui que a efetividade dos direitos sociais, em que se insere o direito à saúde, está condicionada à reserva do possível.

Diante deste panorama, o particular somente poderá requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável diante da disponibilidade orçamentária, não estando a Administração Pública obrigada a fornecer toda e qualquer necessidade relacionada à saúde, principalmente quando colocar em perigo o direito dos demais cidadãos. Em contrapartida, não pode o Estado furtar-se às suas obrigações respaldado pelas limitações

orçamentárias e pela insuficiência de recursos, já que a não prestação do direito à saúde, ou a prestação tardia ou ineficaz pode acarretar consequências irremediáveis, colocando em sacrifício a própria garantia do direito à vida.

Por este prisma é que surge a questão central desta monografia, consistente em analisar o limite de atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde no caso concreto, exercendo, portanto, a microjustiça, mormente se considerar que a maioria dos pleitos em que se busca uma intervenção judicial não decorre de uma omissão da Administração na criação de políticas públicas, mas sim na concretização de medidas já delineadas pelas políticas do Sistema Único de Saúde, o que não deixa de representar uma falha do Estado em cumprir o dever constitucional que lhe impôs o Poder Constituinte.

Mostra-se imperioso reconhecer efetivamente que o direito à saúde e o direito à vida são valores essenciais ao homem, constitucionalmente garantidos a todos os indivíduos, e devem ser, indiscutivelmente, preservados pelo Poder Público. Sem que se abandone a questão relativa à disponibilidade dos cofres públicos, que é plenamente justificável diante de alguns casos concretos, a problemática cinge-se à ponderação e à relativização de dois institutos erigidos à proteção do manto constitucional, a partir dos quais o aplicador da lei, no caso concreto, ao valorar o conjunto-probatório da demanda submetida à apreciação do Poder Judiciário, deverá, sempre visando o maior alcance dos direitos fundamentais em voga, utilizar-se do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de que sublime seja a prevalência da saúde e da vida em detrimento de eventual desfalque orçamentário.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Direito Administrativo Descomplicado**. 15^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988* *in* **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 221, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. Volume II. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4^a ed. Coimbra [Portugal]: Livraria Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 17^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts**, JuS, 1989.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Direitos Fundamentais Sociais: reserva do possível e controle jurisdicional *in* **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 30, n. 63, 2006
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.
- _____. **Manual de Direito Administrativo**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoría Constitucional de la Sociedad Abierta**. Tecnos, Madrid, 2002.
- _____. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken. *Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS*, 1980, Apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI/EI nº. 1289/DF. Ementa: [...] Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 3 abr. 03 DJ 27.02.2004, p. 21. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 dez.2007
- HOBBSAWM, Eric J., A Era das Revoluções – 1789 – 1848, 25ª. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LUCENA, Cíntia. *Direito à saúde no Constitucionalismo contemporâneo* *in* **O Direito à vida**

digna. Coord. Carmén Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MATOS, Eduardo Lima de. *Saúde Pública: dever do estado, direito de todos e obrigatoriedade do Ministério Público postular em nome da coletividade* in. **Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe**. Aracaju, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho (coord). **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NETTO, Sérgio de Oliveira. O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais in **Revista Estudos Jurídicos**. Niterói, nº 3, 2006.

PEGORARO, Luiz Nunes. O Controle da Administração Pública e a Cláusula da reserva do possível in **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, ano I, n. 1, jan./2006

PEREIRA, Joana Carolina Lins. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão* in **Revista da Procuradoria Geral do INSS**. Volume 06. Número 03, 1999. Brasília, Janeiro/2000.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UPF aliada à ABEU, 2003.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo VII. 3ª ed, reimpressão. Rio de Janeiro: Editor Borsoi: 1971.

Raeffray, Ana Paula Oriola. **Direito da saúde de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latim, 2005.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *Vida Digna: Direito, Ética e Ciência (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos)* in **O Direito à vida digna**. Coord. Carmén Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível in **Revista Latino-**

Americana de Estudos Constitucionais, São Paulo, n. 5, jan./jun. 2005.

ROSA, Ubiratan (coordenador)- **Minidicionário Compacto da Língua Portuguesa**. 9ª ed. São Paulo: Rideel, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang . **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Contornos do Direito Fundamental à saúde na Constituição de 1988* in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**. Porto Alegre 25(56), 2002.

_____. *Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado* in **Revista do Direito do Consumidor**. Revista dos Tribunais, jan-mar/2007.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais – Do sistema geracional ao sistema unitário – Uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. *Direito fundamental à saúde. Tutela de urgência* in **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STF. 2ª Turma. RE-AgR 393.175/RS, Relator Ministro Celso de Mello. DJ 02.02.2007.

STF. Sessão Plenária. AgRg na STA nº 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ 30.04.2010

STJ. 2ª Turma. AgRg no Ag 886.974/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha. DJ 29.10.2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o Nexo de Causalidade* in. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 2, v. 6, Rio de Janeiro: Padma.

TESSLER, Marga Inge Barth. *O Direito à saúde - A saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988* in **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, 2001.

TJDF. 4ª Turma Cível. Agravo de Instrumento nº 2006.00.2.0144059, Relator George Lopes

Leite. DJ 14/06/2007.

TJRJ. 17ª Câmara Cível. Apelação Cível 2008.001.03302, Des. Relator Raul Celso Lins e Silva e Revisor Des. Edson Vasconcelos. DJ 03/04/2008.

TJRS. 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70011342300/RS, Rel Des. Araken de Assis. DJ 25.05.2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Contratos em espécie e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Atlas, 1997.

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