

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP  
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em  
Direito Público**

**GUSTAVO ASSIS DE OLIVEIRA**

**DOS LIMITES À IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO  
À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO**

**Brasília - DF**

**2008**

**GUSTAVO ASSIS DE OLIVEIRA**

# **DOS LIMITES À IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	04
INTRODUÇÃO .....	06
<b>1. O ESTADO DE DIREITO, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PODER JUDICIÁRIO .....</b>	<b>08</b>
1.1. <i>A origem do Estado</i> .....	08
1.2. <i>Do Estado Autoritário ao Estado de Direito</i> .....	10
1.3. <i>Das etapas do Estado de Direito</i> .....	15
a) Do Estado Liberal de Direito .....	16
b) Do Estado Social de Direito .....	17
c) Do Estado Democrático de Direito .....	18
1.4. <i>Das características do Estado de Direito</i> .....	18
1.4.1. <i>Dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito</i> .....	20
1.4.2. <i>Do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito</i> ..	22
<b>2. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>24</b>
2.1. <i>Do caráter histórico-aquisitivo dos direitos fundamentais</i> .....	27
2.2. <i>Do conteúdo dos direitos fundamentais</i> .....	28
2.3. <i>Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais</i> .....	30
2.4. <i>Da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais</i> .....	31
2.5. <i>Da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais</i> .....	33
2.6. <i>Da doutrina da máxima efetividade das normas veiculadoras de direitos fundamentais à luz da teoria dos princípios</i> .....	35
<b>3. DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....</b>	<b>37</b>
<b>4. DOS LIMITES À IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO .....</b>	<b>43</b>
4.1. <i>Da submissão da implementação dos direitos prestacionais à cláusula da reserva do possível</i> .....	44
4.1.1. <i>Da origem da reserva do possível</i> .....	45
4.1.2. <i>Da escassez de recursos à reserva do possível</i> .....	45
4.1.3. <i>Da reserva do possível jurídica</i> .....	49
4.1.4. <i>Da Teoria dos custos dos direitos e das limitações à formação da situação jurídica de direito subjetivo a medicamentos</i> .....	50
4.2. <i>Da Violação ao Princípio da Isonomia</i> .....	53
4.3. <i>Da impossibilidade de fornecimento de medicamentos não padronizados pelos órgãos oficiais</i> .....	57
4.4. <i>Algumas decisões judiciais na esteira dos argumentos suscitados</i> .....	62
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>68</b>

## RESUMO

No presente trabalho o Autor realiza um estudo desde a origem do Estado até a formação do Estado Democrático de Direito e análise de suas características, debruçando-se sobre dois pontos cruciais para a delimitação do tema, quais sejam, a função do Poder Judiciário no quadro institucional brasileiro e a importância dos direitos fundamentais no Estado de Direito, avançando sobre o estudo da teoria dos direitos fundamentais. Estabelecidas as premissas operativas, passa-se à análise do direito à saúde em sua matriz constitucional e legal para então desenvolver propostas de limitações à implementação do direito à saúde por intermédio da atuação do Poder Judiciário. Tais limitações consistiriam precisamente na ausência de densidade normativa do dispositivo constitucional, compreendido como norma programática, demandando a mediação dos demais poderes com vistas à sua delimitação e implementação, a submissão da implementação dos direitos prestacionais, âmbito no qual se insere o direito à saúde, à reserva do financeiramente possível, em sua acepção fática e jurídica, bem como à limitação do dever de fornecimento de medicamentos àqueles integrantes dos protocolos oficiais de tratamento, documentos elaborados no exercício do poder discricionário outorgado democraticamente ao executivo e ao legislativo para realização das políticas públicas. Finalmente, aborda-se a limitação imposta pelo dever de fornecimento impessoal e universal dos medicamentos, o que acaba transformando a intervenção judicial em flagrante violação ao princípio da isonomia a pretexto de realizar justiça no caso concreto ao custo da macrojustiça.

Palavras-chaves: Estado de Direito – direitos prestacionais – poder judiciário – direito à saúde – limites fáticos/jurídicos - norma programática – mediação – densidade normativa – reserva do possível – discricionariedade – legitimidade democrática – escassez recursos públicos – escolhas trágicas – isonomia – eficiência administrativa – micro e macrojustiça.

## RESUMEN

En este trabajo el autor realiza un estudio desde el origen del imperio hasta la formación de un estado democrático y el análisis de sus características, y se centrará en dos puntos cruciales para la delimitación del tema, a saber, la función del Poder Judicial en virtud de Brasil importancia institucional de los derechos fundamentales y el imperio de la ley, avanzar en el estudio de la teoría de los derechos fundamentales. Establecido en los locales de funcionamiento, es el análisis del derecho a la salud en su sombra durante constitucional y jurídico entonces elaborar propuestas para la aplicación del derecho a la salud a través de la acción del Poder Judicial. Dichas limitaciones consisten precisamente en la ausencia de normativa de densidad del dispositivo constitucional, entendida como un modelo de programa, exigiendo la mediación de otros poderes, con miras a su definición y aplicación, la presentación de la aplicación de los derechos prestacionais, en virtud del cual se inscribe el derecho a la salud, las reservas de posible financieramente, en su significado jurídico y fáctica, y la limitación de la obligación de proporcionar medicamentos a los miembros del funcionario protocolos de tratamiento, los documentos producidos en el ejercicio de discrecionalidad de que goza democráticamente ejecutivo y legislativo para la aplicación de las políticas públicas . Por último, se dirige a las restricciones impuestas por el deber de impersonal y universal de suministro de medicamentos, lo que termina por transformar la intervención judicial en violación flagrante del principio de paridad con el pretexto de lograr la justicia en este caso el costo de macrojustiça.

Palabras clave: Estado de Derecho - prestacionais derechos - el poder judicial - el derecho a la salud - límites fácticos / legal - de programación estándar - mediación - densidad normativa - la reserva como sea posible - discreción - la legitimidad democrática - la escasez de recursos públicos - trágica opciones - la paridad - eficiencia administrativas - micro y macrojustiça.

## INTRODUÇÃO

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito investiu o poder público na missão de proporcionar prestações positivas consubstanciadas em determinados direitos, com vistas à implementação de uma justiça social, mediante correção das distorções econômicas e sociais.

Soma-se à mudança do modelo de estado a virada hermenêutica decorrente do pós-positivismo, que ao estabelecer a diferenciação qualitativa das normas constitucionais entre regras e princípios - ambos dotados de normatividade, lei-se, imperatividade e coercibilidade – conduziu a uma mudança funcional no Poder Judiciário, que passou a ser palco de discussões jurídicas com nítido conteúdo político e axiológico.

Inserida nesse novo perfil da atividade jurisdicional, encontra-se a problemática da implementação dos direitos fundamentais e sociais de conteúdo prestacional, mais especificamente do direito à saúde.

Sob os auspícios da doutrina da máxima efetividade das normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais e sociais, que levada a um tom incondicionalidade, vem conduzindo a um tensionamento das relações entre os poderes estatais, com nefastos efeitos sobre a atividade de implementação.

O superdimensionamento do Poder Judiciário e um certo deslumbramento com a teoria da máxima efetividade acarretaram uma judicialização excessiva das questões relativas à implementação do direito à saúde. Apenas a título ilustrativo e para revelar a pertinência jurídica e econômica do embate travado, verifica-se que existem atualmente milhares demandas judiciais versando sobre absolutamente o mesmo tema e, caso se reconheça o direito ao fornecimento individualizado de todo e qualquer medicamento, ter-se-á por inviabilizada a gestão do sistema de saúde em virtude de seu efeito multiplicador.

Segundo números fornecidos pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal, que revelam a magnitude dos valores econômicos envolvidos, a rubrica orçamentária destinada aos programas de aquisição e distribuição de

medicamentos excepcionais, dentro da qual se inserem aquelas verbas destinadas ao cumprimento de decisões judiciais, apenas no ano de 2007 perfizeram o montante de R\$ 51.972.500,00 (cinquenta e um milhões, novecentos e setenta e dois mil e quinhentos reais).

Mas não é só, no âmbito do Distrito Federal, atualmente tramitam 1.670 (um mil seiscentos e setenta) ações judiciais cujo objeto é a efetivação do direito à saúde, mediante fornecimento de medicamentos ou determinação para internação em hospitais particulares às expensas do poder público, tudo com espeque no art. 196 da CRFB.

Os números citados, obtidos por meio da atividade diuturna do subscritor na defesa da Fazenda Pública em Juízo, revelam a dimensão econômica da questão, que embora relevante, não exaure os pontos de divergência existentes na seara de implementação de direitos prestacionais por intermédio do Poder Judiciário.

Se por um lado exsurge o anseio da população carente em ter acesso aos medicamentos e tratamentos médicos destinados à efetivação do direito à saúde, expressão que é do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, não menos certo é que a intervenção do Poder Judiciário, em algumas hipóteses como veremos, tem proporcionado o descrédito dos poderes constituídos e acarretando lesões a direitos de igual envergadura titularizados por outros indivíduos.

Definitivamente, concordamos com as ponderações do preclaro LUIS ROBERTO BARROSO ao afirmar que “Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”. Entretanto, em que pesem as dificuldades existentes, mister se faz a análise do fenômeno recente em nossa história constitucional, com o fito de estabelecer algumas balizas à atividade jurisdicional na implementação de direitos prestacionais.

# 1. O ESTADO DE DIREITO, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PODER JUDICIÁRIO

## 1.1. A origem do Estado

O homem é um ser gregário, e como tal tende a viver em sociedade. Entretanto, por mais contraditório que possa parecer, a vida em sociedade é conducente ao conflito de interesses, conquanto a complexidade das relações sociais, coloca os indivíduos em situações contrapostas.

À partir dessa necessidade de reunião dos indivíduos e da solução dos conflitos dela decorrentes foi se desenvolvendo a carência de um ente localizado em um plano superior ao dos indivíduos considerados em si para regular a vida em sociedade, porque a vida social conduz à relações de poder e autoridade, demandando, inexoravelmente, a existência do Estado. Com propriedade, leciona DARCY AZAMBUJA:

*Na história de todas as sociedades 'chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o seu bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e de promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público, e consiste num regime de ordem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público. assim, a causa primária da sociedade política reside na natureza humana, racional e perfectível. No entanto, a tendência deve tornar-se um ato: é a natureza que impele o homem a instituir a sociedade política, mas foi a vontade do homem que instituiu as diversas sociedades políticas de outrora e de hoje. O instinto natural não era suficiente, foi preciso a arte humana. (Dabin – Doctrine Générale de l'État, págs. 89-90) Assim, com intensidade diversa e conforme o desenvolvimento social e a mentalidade de cada grupo, o instinto social leva ao Estado, que a razão e a vontade criam e organizam.<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Globo. São Paulo: 1990. p. 03.



Mas embora compreendido como decorrência natural da vida em sociedade, o Estado não teve sua origem afirmada de forma homogênea<sup>2</sup>. A bem da verdade, o próprio termo Estado possui múltiplas acepções. Numa primeira acepcção, o Estado é o ente formado pela composição de três elementos: povo, território e soberania. Numa segunda, o Estado se confunde com a institucionalização do Poder, organizado por meio de uma Constituição. Finalmente, o Estado pode ser encarado ainda como fenômeno jurídico, ou seja, pelo emaranhado de normas que regulamentam e limitam o poder.

Independente da perspectiva analisada, já que constituem apenas diferentes pontos de observação de um mesmo fenômeno, não excludentes entre si, mas, ao contrário, complementares, o fato é que a vida em sociedade conduz à necessidade de criação de um ente superior, acima das vontades individuais, fruto de criação da mente humana e que tem por objetivo primordial permitir uma vida harmoniosa em sociedade.

Ou seja, o Estado não existe em si e por si, mas sim como instrumento de organização da vida social e das relações de poder, cumprindo-lhe, sempre servir ao Homem. Mas essa serventia do Estado ao Homem, mediante a tutela de seus direitos fundamentais é, essencialmente, uma tutela juridicamente mediada. Noutras palavras, além do conjunto de atos materiais vocacionados à garantia e efetividade dos direitos fundamentais, cumpre ao Estado, por intermédio do Direito, assegurar a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, criando normas de condutas e sanções aplicáveis à sua realização.

O Estado, enquanto ente soberano, para cumprir sua missão de garantia da vida social, vai desenvolvendo mecanismos de regulamentação das condutas humanas. Dentre esses mecanismos,

---

<sup>2</sup>Muitas teorias foram elaboradas no escopo de demonstrar a sua gênese, e que, por isso mesmo, apenas a título ilustrativo, passamos a uma perfunctória análise, até porque refogem ao âmbito da ciência jurídica para deitar suas raízes na Teoria Geral do Estado e na Sociologia Jurídica. As teorias paternalistas vêm na família o germen do Estado, através da ampliação e desenvolvimento da estrutura familiar. As teorias contratualistas vislumbram a origem do Estado em um acordo realizado por todos os homens que, vivendo num estado de natureza regido pela guerra de todos contra todos, abdicam, consciente e voluntariamente, de parcela de suas liberdades para por cobro ao estado natural de guerra e permitir a vida em sociedade. As teorias da origem violenta concebem o Estado como resultado da luta de poder entre as classes sociais, representando a dominação do mais forte sobre o mais fraco.

indubitavelmente se localiza o direito, aqui compreendido como um emaranhado de normas jurídicas, ou seja, comandos dotados de sanções, emitidas pelo Estado e tendentes a tornar possível o convívio harmonioso em sociedade pela limitação das liberdades individuais.

Constata-se, portanto, que em sua origem a função precípua do Direito e do Estado era justamente limitar um determinado âmbito das liberdades individuais de modo a permitir que todas as liberdades individuais convivam em harmonia na interação social. Com propriedade, acerca da dinâmica relação entre liberdade, Estado e sociedade, leciona MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

*Arraigada nessa concepção está a noção de que o homem é um ser livre, e essa é a verdade primeira a ser considerada por todo aquele que procure a razão de ser da sociedade, do estado, das instituições, em suma. [...] A liberdade absoluta, entretanto, é incompatível com a vida social. Esta reclama a limitação da liberdade de cada um para que todos possam ser, na medida do possível livres. De fato, a liberdade absoluta para alguns poderia significar, e provavelmente significaria, a não-liberdade, a negação da liberdade de outros. A vida social, conseqüentemente, exige uma coordenação da liberdade dos indivíduos em interação recíproca, para que todos permaneçam livres, no máximo possível. Delimita-se o campo da liberdade de todos, restringindo-a no mínimo, a fim de que cada um permaneça livre no máximo compatível com a vida social.*<sup>3</sup>

## **1.2 Do Estado Autoritário ao Estado de Direito**

Foi justamente o fracasso político do estado autoritário que deu início aos movimentos constitucionalistas pelo estabelecimento de um estatuto jurídico para o Estado, prevendo sua forma de organização e de limitação.

*A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através de dos institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal (e, no limite, também do poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado “constitucionalismo”). Por separação dos poderes, entendo – em sentido lato – não apenas a separação vertical das principais funções do estado entre os órgãos situados no vértice da administração estatal, mas também a*

---

<sup>3</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. Saraiva. São Paulo : 2004. p. 02

*separação horizontal entre órgãos centrais e órgãos periféricos nas várias formas de autogoverno, que vão da descentralização político-administrativa até o federalismo. O segundo processo foi o que deu lugar à figura – verdadeiramente dominante em todas as teorias políticas do século passado – do estado de direito, ou seja, do estado no qual todo o poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam sua competência e orientam (ainda que freqüentemente com certa margem de discricionariedade) suas decisões.<sup>4</sup>*

Mas como veremos, o denominado Estado de Direito, desencadeado à partir do constitucionalismo moderno, o poder atribuído ao ente soberano para regular a vida social não pode se converter em válvula de escape para o abuso e para o arbítrio. Todo o ordenamento jurídico e portanto o próprio modo de atuar do Estado tem como fundamento jurídico e lógico a existência de uma Constituição.

A Constituição é o que confere validade e legitimidade para o atuar do Estado, notadamente aquelas elaboradas democraticamente, ou seja, com a participação e em respeito à vontade popular, sob pena de se converter em mero instrumento de exercício de força, como de resto o direito dela decorrente, e contra o qual insurgiu-se. Mas o termo Constituição também se revela como polissêmico.

*Em suma, o termo constituição aplicado ao estado apresenta três acepções. A de registro da organização deste estado, e, mais restritamente, a da parte essencial de tal organização; a de estatuto do Poder, ou melhor, a da parte essencial deste estatuto; e a de ordem jurídica estatal, ou melhor, a da parte essencial desta ordem.<sup>5</sup>*

Além de fornecer o fundamento jurídico para o Estado, já que, como norma juridicamente superior, a Constituição vincula a validade de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, ela materializa o pacto pelo qual uma determinada sociedade organiza-se política e juridicamente, revelando uma decisão política fundamental, posto que é em seu âmbito que se define a forma do Estado, os mecanismos de aquisição e transferência do poder, as normas matrizes

---

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Campus. Rio de Janeiro: 1992. p. 148.

<sup>5</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Op. cit.** p. 75/76

da organização e funcionamento do Estado. Daí porque dizer-se que a Constituição revela-se como um fenômeno jurídico poliédrico, apresentando uma perspectiva política, uma sociológica e outra jurídica.

No enfoque político (Carl Schimidt), o termo Constituição designa a decisão política fundamental de um povo, estabelecendo as formas de aquisição, transferência e exercício do poder, regendo, portanto, o modo de organização política da sociedade e do Estado. Noutra giro, sob a perspectiva sociológica (Ferdinand Lassale), a palavra Constituição refere-se ao conjunto dos fatores reais de poder que regem a sociedade. Por derradeiro, sob o prisma jurídico (Hans Kelsen) a Constituição seria a norma jurídica superior que confere fundamento e validade a todo o ordenamento jurídico, funcionando como pressuposto necessário e indispensável de todas as normas.

Sintetizando os vários perfis de uma Constituição, pode dizer-se que uma Constituição democrática é fruto da vontade popular (decorre direta ou indiretamente do poder constituinte), estabelecendo o marco inicial de uma ordem jurídica e limitando, por conseguinte, a atividade estatal. Por isso que se afigura irretocável a lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ao afirmar que, no sentido moderno, **“a matéria da Constituição é política. Ela rege o Poder. Mas sua forma é jurídica. É a Lei Suprema.”**

Mas não é só, imantado pelos ideais humanistas e liberais, o constitucionalismo moderno foi erigido com uma concepção liberal de Constituição, que na precisa lição de FERREIRA FILHO:

*Segundo a concepção liberal de constituição, esta é a parte essencial de uma determinada organização estatal – a que visa a garantir a liberdade, por meio de um estatuto do Poder. Por um estatuto, quer dizer, obviamente, por meio de organização jurídica que não só estrutura mas também limite o Poder no Estado. Exatamente essa concepção é que difunde o constitucionalismo. É ela que se concretiza com as revoluções liberais, as quais todas levam aos estabelecimento de constituições. A constituição não é assim qualquer organização dada ao estado, melhor ao Poder do estado. É apenas a*

*organização que garante a liberdade. Está aí a constituição-garantia.*<sup>6</sup>

Assim, resta serenamente consolidado que a fonte primeira e o fim último do Estado e do Direito é justamente a garantia da liberdade e a afirmação dos direitos fundamentais do homem. Ou seja, o ponto de partida e a meta final do Direito e do Estado é a afirmação da dignidade da pessoa humana, o homem é o centro de gravitação de todo o ordenamento jurídico.

Ao custo de vidas humanas, a história construiu a passagem do Estado Autoritário ao Estado Legal. Sobretudo à partir de sua versão moderna, o Estado, num primeiro momento, assumiu uma posição de confronto com o indivíduo, ou seja, o Estado existia para limitar e cercear a liberdade dos indivíduos ao pretexto de permitir uma vida social harmônica.

*A afirmação da liberdade do homem tem, pois, como reverso necessário, a afirmação da opressividade das instituições. E particularmente do estado, e do Poder, nele estabelecido. O Estado é, pois, inimigo da liberdade. Inimigo porque está nas mãos dos adversários da liberdade, mas inimigo, também, porque, pela natureza das coisas - cumpre não esquecer – “o poder vai até que encontre limites”. [...] Na verdade, pretende, como ensina Locke, que aceita o homem a vida em sociedade, com os consequentes empecilhos à liberdade para contar com uma ordem, expressa em leis claramente definidas, imposta por uma força armada, arbitrada por juízes imparciais. Por isso, na proposta de refazer a sociedade, as instituições, o Estado, inclui-se a transformação deste inimigo em garante da liberdade. O Estado justamente organizado seria o defensor da liberdade. E não haveria Estado retamente estruturado sem que o poder estivesse limitado, dividido e exercido, se não pelo próprio povo (pela “vontade geral” na versão de Rousseau), por representantes”.<sup>7</sup>*

Entretanto, a concentração de poderes nas mãos do governante, somada à constante redução da esfera de liberdade do indivíduo culminaram com o arbítrio que, por sua vez, teve como reflexo a eclosão dos movimentos liberais, sobretudo à partir da Revolução Francesa.

---

<sup>6</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Op. cit.**, p. 78

Assim, o Estado Autoritário e Despótico, alheio a limites formais e materiais foi sendo substituído paulatina, mas não uniformemente, pelo Estado Legal, marcado pelo estabelecimento prévio e formal das condutas e modos de atuar do indivíduo e do próprio Estado.

Mas a simples previsão de limites formais à atuação do Estado já não atendia às demandas da sociedade, na medida em que permitia a abertura para todo e qualquer tipo de conteúdo. Surge então o Estado de Direito.

*O termo Estado de Direito – registra Böckenförde – é uma construção lingüística e uma cunhagem conceptual própria do espaço lingüístico alemão, sem correspondentes exatos em outros idiomas; e aquilo que nas suas origens se queria designar com esse conceito, prossegue o mesmo jurista, é também uma criação da teoria do Estado do precoce liberalismo alemão, em cujo âmbito significava estado da razão; o Estado do entendimento; ou mais detalhadamente, o estado em que se governa segundo a vontade geral racional e somente se busca o que é melhor para todos. Noutras palavras – ainda com Böckenförde -, o Estado de Direito, em seus primórdios, é o Estado do direito racional, o Estado que realiza os princípios da razão na e para a vida em comum dos homens, tal e como esses princípios estavam formulados na tradição da teoria do direito racional. (...) à conceituação básica de Estado de Direito da velha doutrina alemã, observamos, novamente com Böckenförde, que ela contém os seguintes aspectos fundamentais: a) está afastada, desde logo, qualquer idéia ou objetivo transpessoal do Estado, que na é criação de Deus, nem tampouco uma ordem divina, mas apenas uma comunidade (res publica) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos. As inclinações supra-sensíveis dos homens, a ética e a religião, sob essa ótica, estão fora do âmbito de competência do Estado de Direito; b) os objetivos e as tarefas do estado limitam-se a garantir a liberdade e a segurança das pessoas e da propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento dos indivíduos; c) a organização do Estado e a regulação das suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre em primeiro lugar o reconhecimento dos direitos básicos da cidadania, tais como a liberdade civil, a igualdade jurídica, a garantia da propriedade, a independência dos juízes, um governo responsável, o domínio da lei, a*

*existência de representação popular e sua participação no Poder Legislativo.*<sup>8</sup>

Sob o prisma dos cidadãos, a implementação do Estado de Direito representou uma mudança de paradigma. O Estado de Direito passou então a ser concebido como aquele em que a liberdade do indivíduo é limitada por normas predeterminadas, vinculando o atuar estatal em desfavor da liberdade do indivíduo àqueles limites formais por ele estabelecidos, dotando o indivíduo de maior esfera de autonomia. Mas não é só, no Estado de Direito, o próprio modo de organização do Estado, bem como os limites ao exercício do poder são preestabelecidos e vinculam formalmente sua atuação e procedimento, trazendo para o indivíduo um maior grau de segurança jurídica por meio do controle dos próprios atos de Estado. O Estado passa a ser titular e sujeito passivo de direitos fundamentais.

*É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o estado dos cidadãos*<sup>9</sup>.

### **1.3. Das etapas do Estado de Direito**

A passagem do Estado Autoritário ao Estado Legal e dele ao Estado de Direito com o seu desenvolvimento não se deu de forma homogênea e bem delimitada no tempo. Muito pelo contrário, por constituírem conquistas em face do poder constituído, o implemento e desenvolvimento do Estado de Direito ocorreu de forma gradativa, de modo a autorizar inclusive o reconhecimento de fases ou tipos de Estado de Direito.

*O Estado de Direito, em qualquer das suas espécies: Estado liberal de Direito, Estado social de Direito, Estado democrático*

---

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva. São Paulo: 2008. p. 41-42

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. **Op. cit.** p. 61

*de Direito, é uma conquista. Quero dizer que cada um deles se estabeleceu, ou tentou estabelecer-se, lutando contra estruturas de poder contrárias, a saber: estado liberal de Direito, frente ao Antigo Regime; estado social de Direito, contra o individualismo e o abstencionismo do Estado liberal; Estado democrático de Direito que luta contra as estruturas sócio-políticas do anterior: resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado. Estas conquistas, como se sabe, foram ocorrendo ao longo do tempo e correspondem na tipologia do Estado de Direito, ao que se convencionou chamar as suas etapas liberal, social e democrática, iniciadas com a Revolução Francesa, que marca a primeira fase, passando pelas transformações surgidas sobretudo após a Segunda Guerra – a sua fase social – e culminando com a densificação dos direitos fundamentais, antes apenas direitos civis e políticos, mas depois também direitos econômicos, sociais e culturais, cujo reconhecimento e realização constituem a razão de ser, o compromisso e a tônica dos chamado estado democrático de Direito.<sup>10</sup>*

#### **a) Do Estado Liberal de Direito**

Inicialmente, o Estado de Direito assumiu um perfil liberal, justamente porque resultado da ascensão da burguesia ao poder surgiu num momento de afirmação das liberdades individuais em face de um Estado opressor e autoritário.

*O Estado Liberal de Direito apresenta-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, onde há o privilegiamento das liberdades negativas, através de uma regulação restritiva da atividade estatal. A lei, como instrumento da legalidade, caracteriza-se como uma ordem geral e abstrata, regulando a ação social através do não-impedimento de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a coerção através da sanção das condutas contrárias; O ator característico é o indivíduo.<sup>11</sup>*

Mas o Estado Liberal de Direito, em que pese atender os anseios da burguesia emergente e se revelar como uma conquista em relação ao Antigo Regime, não foi capaz de promover o desenvolvimento e a igualdade dos indivíduos, abrindo as portas para o surgimento de um Estado Social de Direito pautado pela densificação dos direitos fundamentais, notadamente de conteúdo econômico, social e cultural.

---

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Op. cit.** p. 44.



## **b) Do Estado Social de Direito**

Com efeito, o Estado Social de Direito surge como mecanismo de redução do individualismo e tentativa de correção das desigualdades sociais, atribuindo ao Estado não só competências negativas como também obrigações de intervir na realidade social com vistas à permitir uma igual fruição dos bens em busca de um equilíbrio não alcançado pelo Estado Liberal. Com propriedade, leciona LÊNIO STRECK:

*O desenrolar das relações sociais produziu uma transformação neste modelo, dando origem ao Estado social de Direito que, da mesma forma que o anterior, tem por conteúdo jurídico o próprio ideário liberal agregado pela convencionalmente nominada questão social, a qual traz à baila os problemas próprios ao desenvolvimento das relações de produção e aos novos conflitos emergentes de uma sociedade renovada radicalmente, com atores sociais diversos e conflitos próprios a um modelo industrial-desenvolvimentista. Temos aqui a construção de uma ordem jurídica na qual está presente a limitação do estado ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas que referem a busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal. A lei assume uma segunda função, qual seja a de instrumento de ação concreta do Estado, aparecendo como mecanismo de facilitação de benefícios. Sua efetivação estará ligada privilegiadamente à promoção das condutas desejadas. O personagem principal é o grupo que se corporifica diferentemente em cada movimento social.<sup>12</sup>*

Mas Estado Social de Direito, idealmente propulsor de um *welfare state* falhou em sua missão de estabelecer um modelo no qual o bem-estar e o desenvolvimento social pautassem as ações do ente público, franqueando espaço para o denominado Estado Democrático de Direito, onde o incremento dos direitos fundamentais ocorre num ambiente de participação plural e legítima dos indivíduos.

## **c) Do Estado Democrático de Direito**

---

<sup>11</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2006. p. 102.

<sup>12</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. **Op. cit.** p. 102-103.

Nesse diapasão, o Estado Democrático de Direito se desenvolve como uma espécie de sofisticação do estado social, assumindo um conteúdo transformador da realidade mediante participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade.

*A novidade do Estado democrático de Direito não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado no núcleo liberal agregado á questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico das condições mínimas de vida ao cidadão e á comunidade. (...) A atuação do Estado passa a ter u conteúdo de transformação do status quo, a lei aparecendo com um instrumento de transformação por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade. Dessa forma, os mecanismos utilizados aprofundam paroxisticamente seu papel promocional, mutando-o em transformador das relações comunitárias. O ator principal passa a ser coletividades difusas a partir da compreensão da partilha comum de destinos. À diferença dos modelos anteriores, o estado Democrático de Direito, mais do que uma continuidade, representa sua ruptura, porque traz a tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia como o Brasil<sup>13</sup>.*

#### **1.4. Das características do Estado de Direito**

Ao fim e ao cabo, restou assentado que o Estado de Direito, consagrado em nossa Constituição na sua versão democrática (art. 1º da CRFB/88) encontra-se erigido sobre três colunas de sustentação, quais sejam, a tripartição das funções estatais (permitindo um maior controle dos atos públicos e garantindo-se o equilíbrio de forças), a submissão do Estado à legalidade (impondo limites à atividade estatal) e por fim a existência de direitos fundamentais seja em face do Estado ou seja em face dos outros indivíduos.

Lançando luz sobre o tema, leciona LÊNIO STRECK que o estado democrático de direito encontra-se regido sob os seguintes princípios:

---

<sup>13</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. **Op. cit.** p. 103-104

*A – Constitucionalidade: vinculação do estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;*  
*B – Organização Democrática da Sociedade;*  
*C – Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;*  
*D – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades;*  
*E – Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;*  
*F – Divisão de Poderes ou de Funções;*  
*G – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;*  
*H – Segurança e Certeza Jurídicas.<sup>14</sup>*

Ao presente trabalho interessa apenas a análise mais detida de dois desses alicerces do Estado Democrático de Direito: os direitos fundamentais e a tripartição das funções estatais. Isto porque, o tema relativo à implementação do direito à saúde pelo Poder Judiciário demanda a um só tempo a análise dos direitos fundamentais, com vistas à compreensão de seu conteúdo, efeitos e a análise da atuação funcional do Poder Judiciário.

#### **1.4.1. Dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito**

É justamente nessa perspectiva de limitação aos poderes estatais sob o aspecto formal e material é que os direitos fundamentais passam a assumir um papel de extrema relevância no Estado de Direito, porque, se num primeiro momento representavam apenas os anseios de liberdade contra a atuação

---

<sup>14</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. **Op. cit.** p. 98-99.

do Estado, os direitos fundamentais passam a ser encarados em seu caráter pluridimensional, e como o próprio conteúdo dessas limitações.

Numa breve análise da filosofia da política, verifica-se que há, portanto, subjacente, um câmbio no próprio sentido do Estado, que de mero ente contemplador da realidade social, mediante regulação formal de condutas e bastante em si mesmo, passa a desempenhar uma função de garantia dos direitos fundamentais, descortinado-se como um Estado-instrumento.

*Para as teorias autopoiéticas, o Estado é um fim, e encarna valores ético-políticos de característica supra-social e supra-individual cuja conservação e reforço para o direito e os direitos hão de ser funcionalizados. Para as doutrinas heteropoiéticas, ao invés, o Estado é um meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola. Portanto, o ponto de vista das doutrinas do primeiro tipo é unicamente aquele interno do estado, que, enquanto fim ou valor, subordina a si mesmo seja a sociedade, sejam os indivíduos, e o ponto de vista das doutrinas do segundo tipo é sobretudo aquele externo da sociedade e das pessoas que a compõem, consideradas essas mesmas com fins e valores relativamente aos quais é o estado um meio instituído para sua tutela.<sup>15</sup>*

É justamente essa concepção de Estado como instrumento em benefício do Homem que irá investir o moderno Estado de Direito na nobre função de garantidor e implementador dos direitos fundamentais.

*Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da constituição formal, mas também elemento nuclear na constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as idéias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. [...] os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados fatores básico (daí seu conteúdo*

---

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. RT. São Paulo : 2002. p. 706.

*axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu á Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.<sup>16</sup>*

Dessarte, como essa atuação positiva do Estado em homenagem ao indivíduo reclama um constante e gradativo desenvolvimento - na medida em que condicionada às possibilidades materiais de seu atendimento dadas as circunstâncias sociais, políticas e econômicas do Estado, em cada momento de sua história - as presentes e futuras gerações estão investidas da árdua tarefa de concretizá-la, estabelecendo um compromisso de cada cidadão com a construção de uma sociedade justa e igualitária.

*Cabe considerar, de resto, que as exigências que se concretizam na demanda de uma intervenção pública e de uma prestação de serviços sociais por parte do Estado só podem ser satisfeitas num determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico; e que, com relação à própria teoria, são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem surgir novas exigências, imprevisíveis e inexequíveis antes que essas transformações e inovações tivessem ocorrido.<sup>17</sup>*

Os direitos fundamentais assumem então o papel central no Estado de Direito, constituindo mesmo, como veremos mais adiante, seu eixo de legitimação. E o perfil democrático a ela atribuído, nas palavras de LÊNIO STRECK, “implica uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado de Direito”<sup>18</sup>, e porque não complementar, a nosso juízo, do conteúdo dos próprios direitos fundamentais.

#### **1.4.2. Do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito**

---

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2003. p. 63-66

<sup>17</sup> BOBBIO. Norberto. **Op. cit.** p. 76.

Como analisado nos tópicos anteriores, outro alicerce do Estado de Direito é justamente a tripartição das funções estatais.

A idéia de repartição das funções estatais deita suas raízes na antiguidade clássica, encontrando em Aristóteles o germe das formulações que mais tarde vieram a ser realizadas por Marsílio de Pádua (Defensor Pacis), Maquiavel (O Príncipe) e John Locke (Segundo tratado sobre Governo Civil), assumindo na clássica obra “O espírito das leis”, também de Maquiavel, uma construção sistemática de uma teoria de tripartição funcional do Estado.

A justificação dessa cisão funcional da atividade do Estado encontra-se estribada na necessidade de dispersão do poder e na melhoria da eficiência do gestão pública criada pela especialização de suas atividades. Ao abordar as funções do Estado e o sistema de freios e contrapesos estabelecido como instrumento de controle recíproco entre os poderes, avalia LÊNIO STRECK que:

*(...) é necessário termos presente que a estratégia de distinguir as funções do estado atribuindo-as a órgãos diversos pode ser entendida com mais um dos instrumentos de dispersão do poder no sentido de evitar que a sua concentração compactue com a absolutização do mesmo. Ou seja, a organização funcional da atividade estatal, para além de um mecanismo de racionalização administrativa, atua, também, como um elemento de garantia para o asseguramento democrático do poder político<sup>19</sup>.*

Nesse sentido, a doutrina clássica nos legou um modelo em que o poder estatal seria uno, havendo separação das funções tradicionalmente atribuídas ao Estado. Em linhas extremamente rasas, mas suficientes ao presente estudo, caberia ao Poder Legislativo, em sua atividade típica, elaborar normas jurídicas em caráter geral, através do processo legislativo estabelecido na constituição; ao Poder Executivo, também em sua atividade típica, caberia aplicar as normas existentes e gerir a coisa pública mediante implementação das políticas públicas; finalmente, ao Poder Judiciário, caberia a função de solucionar os conflitos

---

<sup>18</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. **Op. cit.** p. 105.

<sup>19</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. **Op. cit.** p. 180.

de interesses advindos da aplicação das normas ou da atividade dos demais poderes.

Ocorre que essa tradicional construção foi sendo desenvolvida e aperfeiçoada ao longo dos anos, culminando com o modelo atual, que ainda se encontra em franca fase de desenvolvimento.

No plano normativo, o reconhecimento de que os conflitos intersubjetivos de interesse serão resolvidos em última instância pelo Poder Judiciário, como se extrai da cláusula inserta no art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88, revelou a existência de uma certa preponderância do Poder Judiciário em face dos outros poderes estatais, o que levou alguns doutrinadores inclusive a afirmar que vivemos sob a égide de um estado judicial, ao contrário do estado autoritário/policial caracterizado pelo pujança do Poder Executivo ou do estado legal amparado na crença do perfeccionismo do legislador.

Soma-se a isso o incremento da teoria dos direitos fundamentais e o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional, vindas à tona com o movimento pós-positivista, que alçaram o Poder Judiciário à uma condição jamais vista, justamente porque o enlaçamento de questões políticas, éticas e axiológicas às normas jurídicas geradas pelo pós-positivismo, promoveu um avanço do Poder Judiciário sobre elas, antes relegadas ao campo da ciência política ou da filosofia.

*(...) o princípio da separação dos poderes não pode mais ser compreendido, no atual estágio da história, no sentido absoluto que tinha no Estado Liberal. A evolução do estado social, impondo tarefas muito mais complexas e extensas à administração e ao legislador, demanda o redimensionamento também da função jurisdicional, para que esta tenha como proteger o cidadão diante dos atos dos outros dois poderes. De resto, a negação da dimensão criadora e criativa da atividade judicial tem um certo sabor de anacronismo. Ninguém hoje discute que, principalmente após o advento do Estado Social, o papel do juiz na sociedade vai muito além do de ser “a boca que pronuncia as palavras frias da lei”. Sem embargo, não há como negar que a ponderação de interesses exacerba a dimensão política da jurisdição constitucional, tornando mais agudos os problemas concernentes à sua legitimidade, como instituição contramajoritária (counter-majoritarian institution).*

*Ainda que não se concorde com Carl Schmitt, que ao se opor ao controle jurisdicional da constitucionalidade, advertia que com a justicialização da política, a política não tem nada a ganhar e a justiça tem tudo a perder, faz-se mister que a jurisdição constitucional deve se conter dentro de certos limites operativos (judicial self-restraint), sob pena de se converter num instrumento antidemocrático, de afirmação dos desígnios de uma minoria não eleita, sobre a vontade dos representantes escolhidos pelo povo. Assim, pode-se afirmar, na esteira da lição de Canotilho, que a ponderação contribui para que se semeie uma certa intranquilidade discursiva na jurisdição constitucional.<sup>20</sup>*

O fato é que, em suma, o Poder Judiciário de hoje em muito se distancia da clássica concepção de Montesquieu. Verifica-se verdadeiro superdimensionamento do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes estatais, e isso compromete sobremaneira o equilíbrio das relações institucionais que serve escudo para o arbítrio, ainda que venha a ser concretizado pelo Poder judiciário. O porvir da independência e harmonia das funções estatais está a demandar uma reflexão mais atenta dos estudiosos do direito.

## **2. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

É bem verdade que num primeiro momento a mera previsão formal dos limites e poderes e da forma de organização do Estado eram suficientes para conferir uma aparente legitimidade ao Estado e ao Direito, porque estávamos sob a égide de um positivismo jurídico exacerbado e de um cientificismo que atribuíam ao Direito um grau de certeza e precisão matemáticas, além da forte crença de que a lei consubstanciava toda a justiça.

Entretanto, uma aplicação automática do direito e despida de valores passou a não mais atender às expectativas e os anseios da sociedade e a revelar suas contradições e incongruências, abrindo margem para os regimes legais totalitários, **verbi gratia**, o Nazista.

---

<sup>20</sup> SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2002. p. 149-150.



Dessa aparente “crise” de sustentabilidade, a doutrina jurídica começa a se desenvolver justamente no sentido de uma superação dialética do direito positivo, mas sem a abstração e ausência de normatividade do precedente direito natural, para a construção de um pós-positivismo.

Se por um lado o direito natural apresentava princípios e valores ontologicamente ideais e materialmente justos, esses mesmos princípios eram desprovidos de eficácia jurídica, conquanto não poderiam ser judicialmente exigidos, o que os tornava apenas uma carta de boas intenções, porém entranhada de caráter moral e religioso. Por outro lado, o direito positivo, extremamente arraigado na idéia de lei como justiça perfeita, importando-se apenas com a origem formal da norma, passava a aceitar como conteúdo tudo aquilo que o Estado entendia por correto, o que também abria as portas para a arbitrariedade, com o gravame de estar travestido da idéia de direito e de justiça.

Assim, o pós-positivismo busca na superação dessas tendências jurídicas aparentemente contrastantes a construção de uma ordem jurídica a um só tempo efetiva e justa em sua essência. E isto porque, trazendo para o âmbito normativo valores e princípios superiores, o direito passa a, simultaneamente, prestigiar a eficácia da norma jurídica e dotá-la de um conteúdo justo segundo a concepção de uma determinada sociedade.

Esse movimento de positivação dos postulados jusnaturalistas pode ser percebido nas constituições modernas, entre nós na Constituição Brasileira de 1988, que plasma em seu texto inúmeros princípios liberais, dentre eles os da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da humanidade etc., dotando-os de normatividade e de judicialidade.

É justamente essa conexão de valores e princípios às normas jurídicas que irá permitir sua dedução perante um poder imparcial, independente e autônomo: o Estado-Juiz, superando a pouca efetividade característica do direito natural, bem como a abertura para qualquer conteúdo, típica do direito positivo.

Portanto, como alinhavado anteriormente, no moderno Estado de Direito, as normas jurídicas passam a ser válidas não apenas em decorrência de sua origem formal, mas também por seu conteúdo mesmo, que deve obediência aos postulados constitucionais superiores que concretizam os valores fundamentais de uma sociedade.

*O termo “Estado de direito” é aqui empregado no segundo destes dois significados; e neste sentido é sinônimo de “garantismo”. Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado : a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.<sup>21</sup>*

Uma vez constatado que no moderno Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais assumem o papel de eixo legitimante, mister se faz o estudo da teoria dos direitos fundamentais, em busca de delimitar a origem, o conceito, o alcance, a eficácia e as características dos direitos fundamentais, face à posição central que ocupam nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

### **2.1. Do caráter histórico e aquisitivo dos direitos fundamentais**

A origem dos direitos fundamentais remonta às lutas sociais por ampliação das liberdades e busca de melhores condições de vida, daí porque dizer-se que os direitos fundamentais possuem um caráter histórico e aquisitivo.

---

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.**, p. 687/688

*Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.<sup>22</sup>*

Assim, modernamente não se admite um conceito universal e predeterminado e estanque de direito fundamental, seu conteúdo foi sendo construído ao longo dos tempos e ao sabor das lutas sociais por mais liberdade. Diz-se, portanto, de direitos fundamentais de primeira geração (liberdade, igualdade etc), direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais) e por fim em direitos fundamentais de terceira geração (meio ambiente equilibrado etc), havendo até defensores de direitos fundamentais de quarta geração (segurança biogenética).

*O problema – sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer – do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, das lutas dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos. Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de Segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais*

---

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. **Op. cit.** p .06

*traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.<sup>23</sup>*

E é por constituírem demandas sociais em face do Estado ao longo da história que os direitos fundamentais possuem a característica de serem aquisitivos ou seja, a um núcleo básico de direitos fundamentais (liberdade e igualdade), foram aderindo outras e mais sofisticadas demandas do indivíduo e da sociedade como ente coletivo, incrementando o nível de liberdades e anseios individuais e sociais. Nessa mesma esteira, precisa é a lição de NORBERTO BOBBIO:

*Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas<sup>24</sup>.*

## **2.2. Do conteúdo dos direitos fundamentais**

Muito embora esteja assente em nossos dias o caráter histórico e aquisitivo dos direitos fundamentais, sempre se buscou uma resposta para o conceito preciso e determinado do que vem a ser um direito fundamental, mais precisamente, o que difere um direito fundamental de um direito não fundamental.

A questão não apresenta uma resposta imediata justamente porque seu pressuposto é a própria concepção de direito que subjaz à pergunta. Explica-se, numa concepção naturalista de um direito universalmente válido e ontologicamente justo, dir-se-á que os direitos fundamentais são aqueles inerentes à condição humana e que representam as liberdades, pretensões e garantias que garantem um mínimo de dignidade ao ser humano, conceito este,

---

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto. **Op. cit.** p. 05/06

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. **Op. cit.**, p. 05.

como se percebe de seu enunciado, bastante amplo e abstrato. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais seriam as múltiplas expressões do princípio geral da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, os direitos fundamentais, numa concepção extremamente positivista, seriam aqueles direitos que o Estado estabelece como tais, elencando-os numa carta rígida e fechada de direitos fundamentais, independentemente de seu conteúdo.

Mas na perspectiva seguida no presente trabalho, qual seja, a do pós-positivismo, os direitos fundamentais são as liberdades e garantias conferidas ao indivíduo com base no seu conteúdo material mesmo, ou seja, é a positivação dos direitos naturais e que, por sua própria natureza são inerentes à condição humana. Entretanto, seu significado somente pode ser obtido diante do caso concreto, já que não são dotados de um significado **a priori**, e embora a Constituição traga um rol de direitos fundamentais, esse rol não se apresenta hermeticamente fechado, revelando-se como uma carta aberta de direitos fundamentais, decorrentes de todos os valores constantes da constituição e dos tratados internacionais que versem sobre a matéria . Nesse mesmo sentido, colha-se a fecunda lição de INGO SARLET, *in litteris*:

*Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, tendo, ou não, assento na constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).<sup>25</sup>*

Assim, verifica-se que o conteúdo dos direitos fundamentais não pode ser determinado **a priori**, mas tão somente diante de um caso concreto, sopesando-se os princípios e valores contrastantes, porque em última análise, como veremos adiante, todos os direitos fundamentais revelam-se,

---

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Op. cit.** p. 85

em essência, como princípios, daí porque cabe ao aplicador do direito definir no caso concreto o exato âmbito do direito fundamental, mas tendo sempre como parâmetros os valores e normas constitucionais.

Em decorrência de sua origem histórica e em atenção às suas finalidades, diz-se que os direitos fundamentais assumem diferentes dimensões no ordenamento jurídico, seja em seu aspecto objetivo de balizamento do ordenamento, seja em seu aspecto subjetivo, a partir das situações jurídicas subjetivas geradas.

### **2.3. Da dimensão objetiva dos direitos fundamentais**

Na dimensão objetiva, os direitos fundamentais representam os princípios fundantes da ordem jurídica, consubstanciam mandatos de otimização para a conformação dessa ordem, vinculando todos os poderes constituídos e os particulares no âmbito de suas relações privadas, garantindo, destarte, um constante aperfeiçoamento de seu conteúdo e, por conseguinte, do grau de realização das liberdades e garantias que encerram.

*A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais são da essência do estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos. Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um estado democrático.<sup>26</sup>*

Essa dimensão objetiva produz conseqüências apreciáveis e muito caras ao Estado de Direito, porque tem o condão de vincular os

---

<sup>26</sup> COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília Jurídica. Brasília : 2002. p. 153

poderes públicos e privados, limitando suas esferas de atuação em homenagem aos direitos individuais, seja na atividade legislativa, executiva ou judiciária, e criando também o dever de proteção. Como reflexo ainda da dimensão objetiva, atuam os direitos fundamentais como parâmetro para a aferição da constitucionalidade das normas e atos administrativos em sentido amplo, ao revelar um sentido qualificativo das normas que os prevêem. Por derradeiro, exsurge uma eficácia irradiante que serve de critério para interpretação e aplicação das normas em todos os ramos do direito.

#### 2.4. Da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais

Em sua dimensão subjetiva, ou seja, sob o prisma das situações jurídicas desencadeadas, cuja compreensão remonta às lições de Jellinek<sup>27</sup>, pode-se dizer que os direitos fundamentais possuem um caráter multifuncional.

*A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou um poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas.<sup>28</sup>*

Como função de defesa (direitos de defesa), os direitos fundamentais caracterizam-se por representar uma esfera da liberdade individual intangível ao poder de interferência do Estado. Na precisa lição de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO “Caracterizam-se por impor ao Estado um dever de

---

<sup>27</sup> Segundo o mestre alemão, que teve sua teoria superada, mas entretanto, trouxe à tona justamente a multifuncionalidade dos direitos fundamentais na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais ensejam quatro *status*. No primeiro - *status passivo*, gera uma posição de subordinação do indivíduo aos poderes públicos e à vontade estatal; No segundo – *status negativo*, o indivíduo se apresenta como titular de um direito de não intervenção do Estado em seu âmbito de liberdade; No terceiro – *status positivo*, ao indivíduo apresenta-se o direito de exigir do estado uma atuação positiva cuja realização se dá por uma prestação material ou jurídica; Por derradeiro, apresenta-se ainda um *status ativo* de participar na formação da vontade do estado. Assim, os direitos fundamentais trazem diferentes esferas de proteção e atuação no interesse do indivíduo.

abstenção, um dever de não-interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo”, constituindo normas de competência negativa por parte dos poderes públicos e privados.

Como função de prestação (direitos a prestação), os direitos fundamentais conferem ao indivíduo a prerrogativa de exigir uma atuar positivo do Estado, seja mediante prestações materiais, seja mediante prestações jurídicas que irão consubstanciar o pressuposto fático ou jurídico para o desenvolvimento de suas potencialidades.

Destacando as diferenças entre os direitos de defesa e os direitos prestacionais, leciona INGO SARLET:

*Já se assentou , neste contexto, que enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais (portanto, o que está em causa aqui é precisamente a dimensão positiva, que não exclui uma faceta de cunho negativo) têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.<sup>29</sup>*

É precisamente aqui que se o ponto nevrálgico do presente trabalho, na medida em que as discussões estabelecidas acerca da implementação do direito fundamental à saúde implica na discussão de direitos fundamentais de conteúdo prestacional e os seus respectivos limites jurídicos e materiais.

---

<sup>28</sup> COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Op. cit.** p. 152

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Op. cit.** p. 271-272.



Por fim, diz-se de uma função de participação (direito de participação) às situações jurídicas subjetivas titularizadas pelos indivíduos que lhes garanta o direito de participar na formação da vontade estatal, função esta obtida, em boa parte, pela conjugação das duas anteriores.

Mas não é só, uma vez definidos as variadas dimensões assumidas pelos direitos fundamentais, bem como as diversas funções que desempenham no ordenamento jurídico, impende definir, ainda, a quem se dirige as normas de direitos fundamentais, ou seja, quem estaria vinculado ao respeito e efetivação dos direitos fundamentais? Quem são os sujeitos passivos dos direitos fundamentais ?

## **2.5. Da eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais**

É também na característica de historicidade e incrementação progressiva que a doutrina vai buscar os alicerces para a distinção dos diferentes âmbitos de eficácia e vinculação dos direitos fundamentais. Assim, constata-se que os direitos fundamentais possuem uma eficácia vertical e uma eficácia horizontal.

*O sujeito passivo por excelência dos direitos fundamentais é o Estado. A própria História revela que o Poder Público como o destinatário das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais. Como já visto, a finalidade para a qual os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos, consistia, exatamente, em estabelecer um espaço de imunidade do indivíduo em face dos poderes públicos. [...] Ganhou alento, simultaneamente, a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-lo respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si.<sup>30</sup>*

A eficácia vertical remonta ao próprio aspecto histórico dos direitos fundamentais, eis que surgem justamente das lutas sociais por mais liberdade em face da atuação estatal. Destarte, num primeiro momento os direitos fundamentais, estariam a vincular a atuação do próprio Estado, de diversas

maneiras como veremos adiante, ou seja, são prerrogativas dos indivíduos exigidas em face do Estado e até mesmo contra a vontade deste.

Noutro giro, no plano da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, opera-se a vinculação dos entes privados aos direitos fundamentais, trata-se a bem da verdade, da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, implicando no dever de obediência dos direitos fundamentais pelos entes privados, sejam eles singulares (pessoa física) ou coletivos (associações, sindicatos etc).

Essa eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode se dar de duas maneiras, diretamente pela aplicação das normas constitucionais nas relações privadas ou por intermédio das normas de ordem pública, conceitos jurídicos indeterminados dirigidos pelo constituinte ao legislador ordinário.

*É claro que o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais, mesmo nestes âmbitos privados, exigem uma articulação do estado de Direito bem mais complexa do que aquela paleoliberal. Estes requerem não apenas limites e vínculos normativos em relação aos poderes do Estado, mas também limites e vínculos bem maiores do que aqueles hoje previstos, em relação aos poderes dos cidadãos. É também claro que tais vínculos não podem não ser por sua vez limitados, encontrando o limite das liberdades individuais com os quais os poderes privados estão normalmente estreitamente entrelaçados. Mas não há nenhuma razão, uma vez excluída a confusão com as liberdades, para que mesmo estes poderes não sejam como aqueles sujeitos à lei e subordinados ao respeito e à satisfação aos direitos fundamentais. Mesmo os poderes privados, em outras palavras, estão submetidos, como os poderes públicos, aos ônus da justificação e da legitimação, tanto formal quanto substancial. E ainda a sua minimização equivale à maximização da liberdade, e conseqüentemente da igualdade e do valor das pessoas, primado axiológico sobre o qual se funda o ponto de vista externo.<sup>31</sup>*

Constata-se, portanto, que os direitos fundamentais irradiam sua eficácia não apenas no contexto das relações jurídicas estabelecidas

---

<sup>30</sup> COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Op cit.** p. 169/170

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Op. cit.** p. 748

entre indivíduo X estado, mas também naquelas entre indivíduos, no âmbito de sua relações privadas.

## **2.6. Da doutrina da máxima efetividade das normas veiculadoras de direitos fundamentais à luz da teoria dos princípios**

Sobretudo à partir da segunda metade do século XX desenvolveu-se o entendimento de que as normas constitucionais seriam normas jurídicas e como tais dotadas de imperatividade, coercibilidade e sindicabilidade.

*(...) no mesmo contexto em que afirmou sua normatividade, a Constituição, progressivamente ampliou seus papéis. Além de estruturar o Estado, como tradicionalmente lhe cabia, passou-se a reconhecer à Constituição o poder de tomar decisões políticas fundamentais e estabelecer prioridades, fins materiais, objetivos públicos – a chamada constituição dirigente, na consagrada expressão de Canotilho – que têm o efeito de determinar em boa medida o comportamento futuro do estado que se organiza, independentemente do grupo que esteja no poder em cada momento.<sup>32</sup>*

Consagrando a doutrina da máxima efetividade das normas de direitos fundamentais, o art. 5º, § 1º da CRFB/88 estabeleceu que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. E o fez justamente para superar a falta de efetividade e normatividade dos princípios à luz do positivismo jurídico. A propósito, colhe-se a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA na seminal obra sobre o tema:

*Não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições, já dissera Ruy, consoante mostramos noutro lugar. Todo princípio inserto numa constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de carácter mais acentuadamente ideológico-programático.(...) Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória prevista ou requerida. Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica*

---

<sup>32</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Renovar. Rio de Janeiro: 2002. p. 15.

*básica e ater-se á circunstância de que se diferenciam tão só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos.*<sup>33</sup>

E justamente por conceber a existência de eficácia imediata das normas constitucionais, porém com a admissão de graus diferentes de efeitos jurídicos é que o aclamado mestre formula a clássica classificação de normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Ninguém melhor para explicar os conceitos de forma sucinta do que o próprio mestre:

*Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter a sua eficácia contida a certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou outro órgão do Estado*<sup>34</sup>.

Assim, conclui-se parcialmente que as normas veiculadoras de direitos fundamentais possuem eficácia imediata. Entretanto isso não significa que a mediação dos demais poderes seja totalmente dispensável para a efetivação em sua plenitude.

---

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Malheiros. São Paulo: 2003. p. 80-81.

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso. **Op. Cit.** p. 82

### 3. DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como é cediço, o rol de direitos fundamentais estabelecidos no art. 5º da Constituição Federal não é taxativo, permitindo o estabelecimento de outros direitos igualmente fundamentais no corpo da Carta Política e dos documentos internacionais aos quais o Brasil venha a se comprometer. Isso aliás é o que dispõe o art. 5º § 2º da CRFB/88.

Inicialmente, em homenagem ao chamado “constitucionalismo social”, a referência ao direito à saúde surge no capítulo II, art. 6º, da CRFB/1988, como direito social cuja aplicação ficaria restrita ao âmbito das relações de trabalho, como leciona CELSO RIBEIRO BASTOS<sup>35</sup>.

O direito à saúde como direito social reivindicação em face do Estado surge apenas no título VIII denominado DA ORDEM SOCIAL. É da tradição constitucional brasileira a previsão da saúde como direito de todos e dever do Estado. Entre nós sua positivação com *status* constitucional remonta a Constituição de 1934 (art. 121, h), passando pela de 1937 (art. 137, l), pela de 1946

---

<sup>35</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil. Vol. 2.** Saraiva. São Paulo: 1989. p. 397-398.

(art. 157, XIV), pela de 1967 (art. 158, XV) até culminar na forma consagrada no art. 196 da CRFB/1988 que dispõe:

**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 à ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.*

A análise do dispositivo constitucional poderia sugerir, num primeiro momento, a existência de uma mera norma programática sem qualquer vinculação aos poderes estatais. Essa aliás é a orientação da doutrina mais tradicional representada aqui pelo cáustico comentário de IVES GANDRA MARTINS:

*O art. 196 é uma excelente carta de princípios absolutamente divorciada da realidade brasileira. Se há princípios programáticos na Constituição brasileira, nenhum deles bate aqueles expostos no art. 196. A primeira parte do discurso é comovente. “A saúde é direito de todos e dever do Estado”. Sem chegar à ironia de Roberto Campos, que espera não morrer depois de 1988, porque sua saúde está garantida, ou de Roberto Vidal da Silva Martins, que considera suas dores de cabeça inconstitucionais, porque a saúde é direito de todos, o certo é que o acesso à assistência médica e hospitalar no país é um direito de poucos brasileiros, estando alijada grande parte da população do exercício de tal direito.<sup>36</sup>*

Mas não é esta a perspectiva adotada no presente trabalho! Com efeito, o advento do pós-positivismo e a doutrina da máxima efetividade das normas constitucionais nos legou a construção de que todas as normas constitucionais possuem algum grau de aplicabilidade imediata, recebendo inclusive acolhida no § 1º do art. 5º da CRFB/88.

Isso não significa, entretanto, como já ressaltado, que todas as normas constitucionais, ainda que dotadas de efetividade imediata, invistam os indivíduos na situação jurídica subjetiva de titularizarem direitos subjetivos ilimitados. Pode ocorrer de uma determinada norma possuir eficácia plena apenas em relação à vinculação e atribuição de incumbências aos demais poderes

---

<sup>36</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil. Vol. 8.** Saraiva. São Paulo: 1998. p. 110.

constituídos, como decorrência do aspecto objetivo das normas de direitos fundamentais, destacada alhures. Essa é a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, citando CANOTILHO:

*Informadas por esses princípios, existem normas definidoras de direitos econômicos e sociais específicos. Delas, umas mencionam uma legislação futura, outras não indicam. As primeiras dependem da atividade do legislador e estão vinculadas ao princípio da legalidade; as outras ora são referidas aos Poderes Públicos ou aos agentes da ordem econômica e social em geral. Sua eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu enunciado e de sua conexão com outras normas. (...) Por ora, basta dizer que quase todas aquelas normas pressupõem ou até exigem a emanção de outros atos, sobretudo legislativos, consoante anota Canotilho, que também lembra que daí não se pode concluir pela não-preceptividade de tais normas. A sua disciplina, [acrescenta] é obrigatória e as directivas por elas definidas, longe de serem meros convites para legislar, assumem o caráter de verdadeiras imposições constitucionais de actividade legiferante. Significa isso repelir a tese dos direitos económicos, sociais e culturais como simples direitos legais, tese essa assenta fundamentadamente na concepção de que tais directivas “não alicerçam qualquer pretensão subjetiva, judicialmente accionável”, pois só “quando o legislador concretiza essas directivas, fundamentando poderes jurídicos subjetivos, é que se pode falar em direitos subjetivos”, logo, “os direitos subjetivos só existem no âmbito da lei ordinária”, não no âmbito da própria norma constitucional programática. (...) Por isso, o autor pôde dizer com tranqüilidade que “ a força dirigente e determinante dos direitos a prestações (económicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos).<sup>37</sup>*

Esse é o caso do art. 196 da CRFB/88. À toda evidência, tal dispositivo legal não confere direito subjetivo a tal ou qual medicamento nem a tratamentos específicos, mas apenas atribui ao poder público o dever jurídico de implementar políticas públicas (econômicas e sociais) com vistas à garantia do direito à saúde, reclamando a intervenção e a ação conjunta dos demais poderes e estabelecendo em favor do cidadão direito subjetivo a exigir do Estado a implementação de políticas públicas de saúde.

---

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso. **Op. cit.** p. 144-145.

Sobre a estrutura normativa das normas constitucionais de conteúdo prestacional, confirmam-se mais uma vez as anotações de INGO SARLET, que as concebe como normas de cunho programático, com as ponderações realizadas acima no sentido de que possuem eficácia imediata:

*(...) todas as normas da Constituição aptas a serem enquadradas no grupo das normas de cunho programático apresentam um elemento comum que justifica suficientemente esta opção, qual seja, o de que todas estas normas se caracterizam pelo fato de reclamarem, para que possam vir a gerar plenitude de seus efeitos, uma interposição do legislador. Cuida-se, portanto, de normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior o menor concretude dirigidas ao legislador. (...) Não esqueçamos, neste contexto, que, dentre as diversas formas de positivação dos direitos sociais prestacionais nos textos constitucionais, a opção do Constituinte costuma – e não apenas no caso brasileiro – recair sobre as modalidades ora referidas. (...) estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas. Com efeito, já se assinalou alhures que todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico. (...) O que se percebe, desde já, é que e se tratando de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional e proclamados como normas dependentes de concretização, a sua perspectiva jurídico-objetiva assume especial relevo em relação à esfera subjetiva, o que não afeta a sua fundamentalidade como tal, mas lhes outorga um caráter normativo diferenciado.<sup>38</sup>*

Pois bem, dando conformidade às previsões do constituinte, o legislador pátrio editou a Lei nº 8.080/90, que institui o Sistema Único de Saúde, estabelecendo as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, e diversos outros diplomas legais que versam sobre o direito à saúde, **verbi gratia**, a Lei nº 9.313/96, que trata da distribuição gratuita de

---

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Op. cit.** p. 280-281



medicamentos aos portadores e doentes de AIDS; a Lei nº 9.797/99, que trata da obrigatoriedade da cirurgia plástica reparadora da mama etc.

Formulou ainda, por meio da Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, uma Política Nacional de Medicamentos, estabelecendo os protocolos e procedimentos a serem adotados para cada tipo de moléstia.

Dessarte, não há falar-se em omissão dos poderes constituídos, ao menos no plano normativo e na implementação de políticas públicas voltadas à concretização do art. 196 da CRFB. Muito pelo contrário, o poder público brasileiro, leia-se, os poderes legislativo e executivo, vêm cumprindo satisfatoriamente suas atribuições constitucionais em relação à implementação do direito à saúde.

Tanto é assim que a política pública implementada pelo estado brasileiro em relação ao tratamento dos portadores de HIV é referência mundial. Da mesma forma que a política pública de realização de transplantes de órgãos, assumindo o Brasil posição destacada no número de transplantes realizados por ano. Nem se olvide ainda as decisões político administrativas de quebra de patentes de alguns medicamentos e adoção da medicação genérica, facilitando o acesso da população aos medicamentos, para ficar apenas nesses exemplos de inúmeras políticas públicas bem sucedidas na área de saúde.

Não se está com isso fechando os olhos para a realidade e admitindo a existência de um sistema de saúde que satisfaça todas as necessidades da população. Muito pelo contrário, está-se a defender a existência de políticas públicas adequadas à situação econômica e financeira do Estado e constantemente a serem aperfeiçoadas.

Não se pode admitir que, motivado um deslumbramento com a teoria da máxima efetividade das normas constitucionais, a pretexto de realizar direitos sociais, valores e estados ideais de satisfação das pretensões sociais se olvide dos limites imanentes na atividade positiva do Estado e da técnica jurídica aperfeiçoada ao longo da história.

#### **4. DOS LIMITES À IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO**

Como já ressaltado, não se pretende no presente trabalho negar completamente a validade da teoria dos direitos fundamentais, o princípio da plena efetividade das normas de direitos fundamentais, nem tampouco a posição privilegiada do Poder Judiciário em nosso quadro constitucional.

Entretanto, a judicialização de questões de políticas, dentro das quais se inserem as políticas públicas de fornecimentos de medicamentos gratuitos à população trouxe à lume questionamentos que comprometem a própria legitimidade do sistema jurídico-político brasileiro, motivo pelo qual merecem uma abordagem mais detalhada.

Isto porque, a aplicação excessiva do princípio da máxima efetividade das normas de direitos fundamentais, somada a um ativismo judicial sem precedentes tem promovido e incrementado a já inaceitável disparidade entre o texto da norma e a realidade econômico-social brasileira, contribuindo para o descrédito da constituição e abalo das relações entre os poderes.

*A normatividade e a efetividade das disposições constitucionais estabeleceram novos patamares para o constitucionalismo no Brasil e propiciaram uma virada jurisprudencial<sup>41</sup> que é celebrada como uma importante conquista. Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo*

*fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes. De fato, existe um conjunto variado de críticas ao ativismo judicial nessa matéria, algumas delas dotadas de seriedade e consistência.*<sup>39</sup>

Ora, sob o pálio do nosso Estado democrático de Direito, é cediço que a intervenção do Poder Judiciário somente se justifica em três hipóteses: omissão dos poderes constituídos, ação contrária à constituição ou não atendimento do mínimo existencial.

Não se olvide, ainda, nesse particular aspecto, que nosso ordenamento jurídico não revestiu qualquer direito fundamental – inclusive o direito à saúde – de caráter incondicionado e ilimitado, de modo que os limites ora propostos constituem uma modesta tentativa de estabelecer seu verdadeiro conteúdo, mediante ponderação dos direitos, bens e valores envolvidos na problemática.

Tomando tais considerações como premissa, busca-se com o presente trabalho estabelecer alguns limites para a implementação do direito à saúde por intermédio do Poder Judiciário, seja com amparo nas limitações do próprio sistema normativo, de onde ressaltam dentre outros elementos que serão indicados doravante, a falta de omissão dos demais poderes constituídos no que tange à implementação do direito à saúde, a ausência de legitimidade democrática do poder judiciário para dispor sobre políticas públicas, a submissão do direito à saúde à reserva do possível, tendo em perspectiva a denominada teoria dos custos dos direitos, até a violação ao princípio da isonomia propiciada pela aplicação individualizada e atomizada das normas de direitos fundamentais.

#### ***4.1 Da submissão da implementação dos direitos prestacionais à cláusula da reserva do possível***

Como é cediço, nosso ordenamento jurídico não compactua com a possibilidade de afirmação absoluta e incondicionada de qualquer

---

<sup>39</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em < <http://www.migalhas.com.br> >. Acesso em 20/06/2008.

direito fundamental, inclusive do direito à saúde. Essa constatação decorre também do caráter principiológico das normas de direito fundamental.

Nesse diapasão, não se pode ignorar o fato de que o atendimento dos direitos prestacionais, e dentre eles se encontra a prestação do serviço de saúde pelo Estado, encontra limitações materiais e econômicas para o seu adimplemento. Essas limitações constituem a denominada reserva do possível, que passamos a analisar.

#### ***4.1.1 Da origem da reserva do possível***

As formulações acerca de limites materiais e econômicos para implementação dos direitos fundamentais de caráter prestacional encontram sua origem na jurisprudência estadunidense.

Por lá, esses questionamentos surgiram à partir de três reformas estruturais que geraram demandas judiciais que podem ser açambarcadas nos seguintes grupos: os *mental hospital cases*, os *school desegregation cases* e os *prison reform cases*. Todos eles são marcados com o traço comum de veicularem demandas por ações positivas do Estado, seja para alterarem o perfil do sistema dos hospitais psiquiátricos, para promoverem um sistema educacional igualitário para brancos e negros ou ainda para dotarem as unidades prisionais de condições mínimas de humanidade.

A pujança econômica daquela potência e a segregação racial institucionalizada até então existente nos Estados Unidos da América criaram um ambiente social e econômico favorável ao surgimento de pleitos judiciais por ações positivas do Estado.

E foi justamente em virtude da confluência de fatores sociais e econômicos favoráveis que se estabeleceu, em princípio, um modelo de intervenção judicial que adentrasse aos critérios de discricionariedade da administração na implementação de políticas públicas, sem contudo olvidar-se dos limites impostos à concretização dessas ações.

#### **4.1.2 Da escassez de recursos à reserva do possível**

Sobre a escassez de bens e a necessidade de escolhas trágicas, assim leciona FLÁVIO GALDINO:

*(...) os limitados recursos e bens existentes são insuficientes para satisfazer as ilimitadas necessidades humanas. Necessidades, bem entendido, também em senso econômico (e não filosófico), isto é, no sentido de qualquer manifestação de desejo que envolva a escolha de um bem capaz de contribuir para a realização do indivíduo. (...) De toda sorte, havendo escassez de bens, seja qual for a sua natureza, surge o conflito, e esse conflito intersubjetivo em torno a bens escassos pode ser observado de vários prismas diferentes. Dois deles importam aqui. Enquanto para o estudioso do Direito a alocação de recursos normalmente (mas não exclusivamente) envolve uma colisão de normas jurídicas a ser solvida através da ponderação dos princípios envolvidos, para o agente político envolve uma opção. (...) Qualquer que seja a solução encontrada em sede jurídica, sob o prisma político ela envolve uma opção, e, por conseguinte, implica o sacrifício de alguma medida do invocado direito preterido. Em muitas situações, seja qual for a solução (isto é, ainda que seja a melhor ou a mais justa ou a que atende ao maior número), é uma opção trágica. A partir da retórica da tragédia, GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBIT demonstram que a escassez de recursos econômicos e financeiros públicos impede a realização de todos os objetivos sociais, de tal sorte que a realização de alguns desses relevantes objetivos impõe necessária e inevitavelmente o sacrifício de outros, igualmente importantes, e por mais imprescindíveis que sejam. Não sendo possível – e muitas vezes nem desejável – a solução imediata da permanente tensão entre os valores subjacentes aos mencionados objetivos sociais em conflito, há a necessidade de serem feitas escolhas. Essa opção entre valores denuncia o inafastável conteúdo ético das escolhas públicas. Escolhas realmente trágicas. Assim, quando afirmados direitos que demandam prestações estatais entram em choque, é inevitável um opção, trágica no sentido de que algum não será atendido (ao menos em alguma medida).<sup>40</sup>*

Por exigirem um atuar positivo do Estado, com o fornecimento de medicamentos adequados, o direito social à saúde, para seu cabal e fiel adimplemento, demanda o dispêndio de elevadas quantias de dinheiro público, na medida em que tem em seu anverso um indisfarçável conteúdo econômico.

---

<sup>40</sup> GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos – Direitos não nascem em árvores**. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005p. 158-159.

*Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante. [...] Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu 'custo' assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas<sup>41</sup>.*

Ainda nesse mesmo sentido, confira-se a lição de BÖCKENFÖRDE, citado por GUSTAVO AMARAL:

*La concreta garantía de derecho fundamental deviene dependiente de los medios financieros estatales disponibles. La imposibilidad económica se presenta como límite – necesario de la garantía (prestación) de los derechos fundamentales. Esto significa el abandono de la incondicionalidad de las pretensiones de derechos fundamentales.<sup>42</sup>*

Ocorre que as verbas públicas são limitadas e oscilam ao sabor das condições de higidez econômica do Estado, assim como das condições econômicas e sociais da própria sociedade. E as demandas sociais por medicamentos e prestações de saúde são ilimitadas, mormente em um país periférico como o Brasil cujas mazelas sociais trazem consigo severos problemas de saúde pública e da população em geral.

O atendimento dos direitos fundamentais, materializados em prestações positivas do Estado, encontra-se submetido, portanto, à cláusula da reserva do possível. O seu cumprimento está condicionado ao melhor fornecimento dentro das condições econômico financeiras do Estado em um determinado momento histórico, mas sempre buscando o incremento paulatino dos direitos fundamentais porque impossível o cumprimento ideal de todos os direitos fundamentais simultaneamente.

---

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Op. cit.** p. 274/275.

<sup>42</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang *apud* GUSTAVO AMARAL *in* **Interpretação dos Direitos fundamentais e o conflito entre poderes. Teoria dos direitos fundamentais.** Renovar. Rio de Janeiro: 2001. p. 107-108.

A decisão judicial não cria os pressupostos materiais de fato para o adimplemento da obrigação de fornecer medicamentos e tratamentos médicos, de modo que a pretensão deduzida no sentido de obrigar o estado a fornecer determinados medicamentos e tratamentos culmina por investir o Judiciário na tarefa de dispor sobre políticas públicas, o que se apresenta vedado em face da separação das funções estatais. Isto porque

*A Administração Pública é, por definição, a gestão de meios escassos para atender a necessidades ilimitadas. Há nela, intrinsecamente, uma constante escolha. Ora, suponha-se que em uma dada ocasião o Poder Público se veja ante um dilema: dispõe de um volume de recursos suficientes ou para tratar milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou para tratar pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável. Nessa situação, não seria possível deslocar a apreciação para o Judiciário, pois a legitimidade da pretensão das duas categorias de doentes é igualmente legítima, mas são faticamente excludentes. Ora, posições ditas “progressistas”, de exigibilidade direta de prestações positivas, independentemente de mediação legal ou orçamentária, levam a um impasse em situações como esta. A resposta comum é, na verdade, uma evasiva: trata-se de problema do executivo.<sup>43</sup>*

Note-se, ainda, que alguns dos medicamentos pretendidos judicialmente são de altíssimo custo, de modo que o atendimento do pleito implicaria na negativa de tantos outros, quiçá em situações mais graves, criando para o poder público a trágica tarefa de realizar escolhas diante da escassez de recursos para a plena efetivação de todos aos direitos fundamentais simultaneamente.

Portanto, não há como se afastar do inevitável conteúdo econômico das demandas envolvendo fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos. A Interface entre direito e Economia, na presente hipótese, é inevitável, e não pode escapar à apreciação do Judiciário, sob pena de se proferir uma decisão alheia à realidade e impossível de ser cumprida, o que só enfraquece a autoridade da Constituição e do Poder Judiciário, que não possui legitimidade democrática ungida das urnas para se substituir ao administrador na tarefa de

---

<sup>43</sup> AMARAL, Gustavo. **Teoria dos direitos fundamentais - Interpretação dos Direitos fundamentais e o conflito entre poderes**. Renovar. Rio de Janeiro: 2001. p. 114.

estabelecer as escolhas trágicas diante da escassez de recursos. Aqui, bem lançadas as palavras de GUSTAVO AMARAL:

*A nosso ver, deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvam “escolhas dramáticas”, é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas. O Judiciário não está legitimado pelo voto para tomar tais opções. Muito pelo contrário, é a própria Constituição que cerca a magistratura com garantias próprias para que possa ela desempenhar seu ofício alheia a pressões do momento.(...) Não quer isso dizer que seja outorgada ao Executivo a potestade de crescer após a redação de cada direito social positivo a cláusula si valuerit, alijando a questão de qualquer controle jurisdicional. A reserva do possível significa apenas que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado.<sup>44</sup>*

#### **4.1.3 Da reserva do possível jurídica**

A doutrina acrescenta ainda a existência de uma reserva do possível jurídica, caracterizadas pelas limitações impostas nas leis orçamentárias. Com efeito, a atividade financeira do Estado é pautada pelo estabelecido no orçamento elaborado pelas casas legislativas com fundamento no disposto no art. 163 e seguintes da CRFB/88.

Aliás, são princípios do orçamento a universalidade, a unidade e a legalidade, de modo que a escolha pelo Judiciário na alocação de recursos - consequência inexorável da implementação de direitos fundamentais prestacionais num quadro de demandas ilimitadas e recursos escassos - encontraria óbice intransponíveis nas regras que orientam a formulação da atividade financeira do Estado.

Com efeito, “o princípio da universalidade em seu contexto clássico, recomenda que todas as receitas e todas as despesas, do universo dos entes públicos, devem contar do orçamento”<sup>45</sup> razão pela qual a criação de despesas pelo Poder Judiciário violaria frontalmente referidas normas

---

<sup>44</sup> **Idem**, p. 116.

<sup>45</sup> NÓBREGA, Livânia Tavares. **Direito Financeiro**. Fortium. Brasília: 2005. p. 120.



orçamentárias, além de estabelecer verdadeiro desarranjo na atividade financeira do Estado.

*No estado contemporâneo, o fórum onde se travam as discussões acerca da alocação dos recursos públicos é, por excelência, o orçamento público – “o documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados”. Atenta a isto, a doutrina refratária aos direitos prestacionais aventou, em adição à reserva do possível fática, a reserva do possível jurídica. Mesmo que o estado disponha, materialmente, dos recursos necessários a um determinado direito prestacional, e ainda que eventual dispêndio destes recursos não obstaculize o atendimento de outro interesse fundamental, não disporia o Judiciário de instrumentos jurídicos para, em última análise, determinar, por via oblíqua, uma reformulação do orçamento, documento formalmente legislativo para cuja confecção devem somar-se, por determinação constitucional, os esforços do Executivo e do Legislativo<sup>46</sup>.*

Note-se, ainda nesse particular aspecto, que as opções legislativas na alocação de recursos no orçamento são limitadíssimas. A própria constituição, já estabelece vinculação de algumas receitas a determinadas atividades, como saúde, educação, manutenção dos poderes etc.

Tais considerações ganham especial relevo na medida em que surge como demanda cada vez mais incisiva por parte da sociedade a adoção de austeridade fiscal na atividade do administrador, inclusive mediante limitações jurídicas, como se infere da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A guisa de arremate, seja em virtude da reserva do possível, em seu aspecto material, relativo aos limites econômicos de implementação de direitos positivos, ou seja em virtude da denominada reserva do possível jurídica, caracterizada pela submissão do adimplemento ao consagrado nas leis orçamentárias, verifica-se que o direito à saúde não possui aplicação

---

<sup>46</sup> GOUVÊA, Marco Maselli. **Discrecionabilidade Administrativa – Balizamentos da discrecionabilidade Administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005. p. 341.

incondicionada, como de resto todo e qualquer direito fundamental, eis que, como cediço, nossa ordem constitucional não admite a existência de direitos absolutos.

#### **4.1.4. Da teoria do custo dos direitos e das limitações à formação da situação jurídica de direito subjetivo a medicamentos**

Do exposto acima, percebe-se que a doutrina tradicional que acolhe a cláusula da reserva do possível o faz atribuindo-lhe a natureza de mero óbice ao adimplemento dos direitos fundamentais de conteúdo prestacional.

Entretanto, o presente trabalho não poderia deixar de mencionar um incremento nas teorias acerca dos limites materiais à implementação de direitos fundamentais proporcionada pela teoria dos custos dos direitos à partir de uma análise econômica do fenômeno jurídico, sem contudo reduzir este àquela.

Com efeito, à partir da obra de CASS SUSTEIN e STEPHEN HOLMES as limitações materiais deveriam integrar o próprio conceito de direito subjetivo fundamental, conduzindo a um “conceito pragmático de direito subjetivo fundamental”, de modo a autorizar a conclusão que nem mesmo há que se falar na formação de um direito subjetivo à saúde se as condições econômicas e financeiras do Estado não estabelecem as condições materiais para o seu cumprimento.

Preciosa é a lição de FLÁVIO GALDINO em obra destinada ao estudo da tese dos autores americanos:

*Tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez dos referidos recursos públicos. Se assim é, os custos dos direitos devem influir na sua conceituação. Em especial dos direitos fundamentais, ou, mais precisamente, dos direitos subjetivos públicos. (...) Os autores recomendam, então, uma revisão do conceito de direito subjetivo (right), no sentido de fazer nele incluir a perspectiva dos custos – sugestão acolhida no presente estudo. Talvez pudéssemos nós chamá-lo “conceito pragmático de direito subjetivo”. Em primeiro lugar, tais direitos não podem ser considerados absolutos. Afirma-se peremptoriamente: nada que custa dinheiro é absoluto. Não é possível formular uma definição de direito abstraindo da*

*realidade concreta, ou seja, das condições de cada tempo e lugar – daí falarmos nós em conceito pragmático. Segundo os autores, em vez de considerar direito uma situação ideal e não raro absoluta, é melhor considerá-los como poderes de invocar os seletivos investimentos dos escassos recursos públicos de uma dada comunidade. O tempo e o lugar – e por que não dizê-lo as condições econômico e financeiras – definem as prioridades dos indivíduos e das comunidades, definido o que seja direito<sup>47</sup>.*

Isto porque, parte-se da premissa de que todo e qualquer direito, ainda que de conteúdo negativo, como as liberdades, direito de propriedade etc demandariam prestações positivas do Estado, se não para a sua prestação pelo menos na manutenção do aparato estatal implantado para a sua garantia e tutela. Nessa perspectiva, todo e qualquer direito seria dotado de conteúdo econômico positivo, conteúdo este que não pode escapar à sua caracterização.

*A demonstração final e cabal de que todos os direitos são positivos, buscam-na os autores na necessidade de disponibilização de remédios jurídicos para a respectiva proteção em face de eventuais violações (sejam comissivas ou omissivas). Direitos custam – principalmente os direitos que nós outros chamamos fundamentais -, dentre outras razões, porque os respectivos remédios são custosos. Notadamente os remédios jurisdicionais. Titularizar um direito, afirmam os autores – referindo-se a HANS KELSEN – é sempre ser um autor (no sentido técnico-processual da expressão) em potencial. E os remédios jurisdicionais demandam a criação e manutenção de uma complexa estrutura pública (embora não necessariamente governamental, como a judiciária) de modo a assegurar o acesso dos indivíduos a uma esfera própria para a tutela dos direitos, o que não pode se dar – na fórmula deveras expressiva dos autores – em uma situação de vácuo orçamentário (budgetary vacuum). Os direitos – todos eles – custam, no mínimo, os recursos necessários para manter essa complexa estrutura judiciária que disponibiliza aos indivíduos uma esfera própria para tutela de seus direitos.<sup>48</sup>*

Em arremate, seja em virtude da reserva do possível (material e jurídica) ou seja em virtude do impedimento à formação de direito subjetivo a determinada prestação, o fato é que as limitações econômico-financeiras geradas pela escassez de recursos públicos não podem ser desconsideradas na decisão judicial em sede de implementação de direitos sociais prestacionais.

---

<sup>47</sup> GALDINO, Flávio. **Op. cit.** p. 210-211.

<sup>48</sup> **Idem** p. 209.

E fazer tabula rasa a tais circunstâncias em nada contribui para o incremento do direito à saúde, muito pelo contrário, constitui uma atitude de fuga ao enfrentamento do problema, porque transfere para a sua solução para os demais poderes como se os recursos financeiros necessários pudessem ser criados num passe de mágica na decisão judicial.

#### **4.2 Da violação ao princípio da isonomia**

A Lei 8.080/90, concretizando o direito fundamental à saúde estabelece:

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

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

*§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.*

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

Repetindo o teor do dispositivo constitucional, a legislação estabelece que o direito à saúde deverá ser implementado mediante políticas públicas (econômicas e sociais) que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e serviços.

Destarte, a questão relativa ao fornecimento de medicamentos não pode ser reduzida ao adimplemento da específica obrigação de fornecer este ou aquele medicamento este ou aquele tratamento médico a determinada pessoa. A questão posta transcende o interesse da parte para repercutir numa universalidade de pessoas. E nesse contexto, o atendimento de pedidos deduzidos em demandas individuais implicaria em violação do direito

daqueles que, pelos mais variados motivos, não se socorreram da tutela jurisdicional individualizada.

É óbvio que sob o prisma da microjustiça, ou seja, da justiça do caso concreto, o fornecimento do tratamento médico deduzido em Juízo se descortina irrecusável! Ocorre que, enfrentado o problema sob o prisma da macrojustiça, - fornecimento de medicamento e tratamento médico a maior universalidade possível de pessoas – a implementação do direito à saúde pelo Poder Judiciário se revela como uma violação aos princípios da isonomia ou da igualdade e da impessoalidade.

A prestação jurisdicional na hipótese de demandas individuais constitui verdadeira violação aos princípios da isonomia/igualdade e impessoalidade, porque acaba premiando aquele que se socorreu da intervenção do judiciário, em detrimento daquele que se encontra nas filas de atendimento dos órgãos públicos competentes para terem atendidas suas necessidades. Nem se olvide ainda, que a intervenção do Poder Judiciário em sede de implementação de políticas públicas na área de saúde tem promovido verdadeira interferência na organização da atividade administrativa, tudo em detrimento dos demais indivíduos.

Não raramente nos deparamos com decisões judiciais determinando a realização de procedimentos cirúrgicos e que, a pretexto de efetivar o direito a saúde, culminam por promover preterição das filas de atendimento ou na ordem normal de atendimento da população, privilegiando aquele que se socorreu da tutela jurisdicional.

Nem é preciso afirmar também que em nosso sistema judiciário, nada obstante os esforços para facilitação dos acesso à justiça, apenas uma reduzida parcela da população possui acesso aos mecanismos judiciais que acaba reforçando as diferenças sociais e econômicas existentes.

Salutar, nesse particular aspecto, a constatação de que o dispositivo legal que tem conferido estofo às pretensões por medicamentos (art. 196 da CRFB) faz referência expressa ao fato de que o direito á saúde será garantido mediante acesso universal e igualitário aos serviços, o que não se compadece com

o fornecimento individualizado de determinados medicamentos, em detrimento de outras pessoas.

Não se quer afirmar com isso que o direito à saúde não se submete ao crivo do judiciário, mas sim que o veículo adequado para a jurisdicionalização desses direitos não é individual e pessoal, cujo pressuposto é a existência de um direito subjetivo a este ou aquele tratamento médico.

A tutela jurisdicional adequada para a vindicação de direitos dessa magnitude, até mesmo pelo caráter universal do conteúdo prestacional, somente pode ser obtida por demandas coletivas e que tenham por objetivo a fiscalização das verbas públicas destinadas ao sistema de saúde bem como, nos limites permitidos, o questionamento das opções legislativas democraticamente realizadas pelos representantes do povo, jamais por intermédio de demandas individuais.

Ou seja, quando muito, poderá o Poder Judiciário, ponderando os valores constitucionais a serem efetivados, decidir que tal ou qual destinação de verbas para aquisição de medicamentos é inconstitucional diante de eventual montante destinado para outras atividades públicas ou ainda que os protocolos oficiais de tratamento não se revelam adequados em face das necessidades sociais, mas jamais estabelecer a rubrica orçamentária a ser dispendida pelo Estado para efetivação do direito à saúde, que é o que se tem observado, ainda que por via transversa, eis que, repita-se, a decisão judicial não cria os pressupostos materiais para o seu adimplemento nem aponta a origem orçamentária dos valores que inexoravelmente deverão ser dispendidos para a efetivação do direito fundamental em comento.

É bem verdade que a admissão do controle de constitucionalidade das leis orçamentárias no que tange à distribuição de verbas para a implementação do direito à saúde demandaria uma evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não admite o controle de constitucionalidade de leis orçamentárias, já que possuem conteúdo de ato administrativo e forma de lei, sendo despida da necessária abstração e generalidade indispensáveis ao controle abstrato de constitucionalidade.

Entretanto, recentemente o Excelso Pretório deu sinais de superação dessa linha restritiva de controle de constitucionalidade ao admitir o controle de constitucionalidade de Medida Provisória que havia instituído crédito orçamentário extraordinário.

Assim, a possibilidade de controle das opções legislativas no que se refere à alocação de recursos e adoção de protocolos de tratamento, nos parece muito mais adequada do que a multiplicação de demandas individuais, mesmo porque, como é cediço, o Poder Judiciário em demandas individuais atua de forma atomizada, desconsiderando os efeitos macroeconômicos da decisão e os critérios adotados pela Administração na formulação de suas políticas públicas o que depõe contra a eficiência da administração.

Ao fim e ao cabo, o que se verifica é que, além de não estar presente a responsabilidade do Estado para o fornecimento personalizado de medicamentos, a determinação judicial para tal fim culmina por trazer gravame maior do que a perpetuação da situação anterior, porque, inexoravelmente, traz consigo inconcebível carga de violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade, conquanto pretere o direito de determinadas pessoas, quiçá em situações mais gravosas e emergenciais, em homenagem àquelas que se socorreram do judiciário, prestando um desserviço à macrojustiça em respeito à microjustiça.

É preciso que se devolva aos Poderes Executivo e Legislativo – mediante atuação de seus órgãos competentes – a nobre tarefa de satisfazer o direito à saúde da população, realocando as funções do Poder Judiciário diante de suas limitações.

#### ***4.3. Da impossibilidade de fornecimento de medicação não padronizada pelos órgãos oficiais de saúde***

Como alinhavado nos tópicos anteriores, verifica-se que o art. 196 da CRFB/88 se refere expressamente à implementação do direito à saúde mediante políticas econômicas e sociais. Assim, indispensável a mediação dos Poderes Legislativo e Judiciário no sentido de dar concretude ao direito à saúde, mesmo porque, como assentado, a previsão constitucional, em virtude de baixa densidade normativa, não é dotada, em princípio, de qualquer sentido concreto, a não ser a atribuição de competências e missões aos órgãos constituídos, revelando uma proeminência de seu aspecto jurídico objetivo.

Ora, defender a desnecessidade de conformação legislativa para delimitação do próprio conteúdo do direito à saúde e das prestações de medicamentos dele decorrentes significa conferir um grau de densidade normativa incompatível com a estrutura do art. 196 da CRFB/88, argumento este que, levado ao extremo implicaria na dispensabilidade do Poder Legislativo, extraindo-se diretamente da Constituição todas as situações jurídicas subjetivas de nosso ordenamento, o que se revela absurdo e insustentável.

Como leciona INGO SARLET:

*A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se apenas (se é que tal argumento pode assumir uma feição absoluta) pela circunstância – já referida – de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica<sup>49</sup>.*

Pois bem, como já alinhavado, dando conformidade às previsões do constituinte, o legislador pátrio editou a Lei nº 8.080/90, que institui o Sistema Único de Saúde, estabelecendo as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, e diversos outros diplomas legais que versam sobre o direito à saúde, **verbi gratia**, a Lei nº 9.313/96, que trata da distribuição gratuita de medicamentos aos portadores e doentes de AIDS; a Lei nº 9.797/99, que trata da obrigatoriedade da cirurgia plástica reparadora da mama etc.

---

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Op. cit.** p. 282



Formulou ainda, por meio da Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, uma Política Nacional de Medicamentos, estabelecendo os protocolos e procedimentos a serem adotados para cada tipo de moléstia, de sorte que não há falar-se em omissão dos poderes constituídos, ao menos no plano normativo.

À toda evidência, as diretrizes terapêuticas e protocolos clínicos elaborados pelo Ministério Saúde são documentos oficiais e, portanto, precedidos de estudos e informações técnicas que revelam aptidão do tratamento seguido pela rede pública, as demandas sociais por medicamentos em face da freqüência de determinadas moléstias etc.

E mais, tais protocolos de tratamento, que abrangem políticas públicas mais variadas, desde práticas de prevenção até fornecimento de medicamentos excepcionais constituem, a nosso juízo, o conteúdo do mínimo existencial que compõe o núcleo da dignidade da pessoa humana que orienta a delimitação da abrangência do direito à saúde.

Assim, são os protocolos oficiais de tratamento, elaborados com base em dados estatísticos de incidência das moléstias, adequação e eficiência dos tratamentos que deveriam orientar a atividade judicial no que tange à implementação do direito à saúde.

Isto porque, não se revela lícito concluir pela prevalência da manifestação de determinados médicos - que prescrevem todo e qualquer tipo de medicamentos, alguns importados, em fase de testes ou simplesmente para atender interesses laboratoriais específicos - para, em detrimento dos protocolos oficiais de tratamento, determinar ao poder público o fornecimento de um tratamento específico, elaborado à sua revelia. Nesse sentido, não há falar-se em vinculação da administração aos diagnósticos e prescrições elaboradas ao arpejo das diretrizes e protocolos elaborados pelos órgãos oficiais de saúde.

Do contrário, estar-se-ia investindo o judiciário no poder de imiscuir-se nos critérios discricionários da administração, em particular, dos órgãos de saúde, para estabelecer o tratamento adequado para esta ou aquela

moléstia, desprestigiando os estudos e análises realizadas pelos órgãos públicos criados justamente para essa finalidade, o que, **concessa venia**, se descortina como absolutamente inadequado e até mesmo temerário, tendo em vista a inexistência de conhecimento técnico específico.

Como é cediço, a Constituição Federal, ao assegurar o direito à saúde em seu art. 196, o faz mediante intermediação de políticas sociais e econômicas, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção. Mas não é só, por força de determinação constitucional, o conceito de adequado tratamento de saúde está vinculado às normas infraconstitucionais que regulam o Sistema Único de Saúde.

Portanto, o direito à saúde somente pode ser implementado conforme a lei! E é na elaboração desse complexo normativo vocacionado à efetivação do direito à saúde que se investe o administrador público do poder discricionário de eleger os mecanismos e procedimentos clínicos a serem observados no tratamento desta ou daquela moléstia, desde que resguardada sua aptidão para alcançar a proteção da vida e da saúde.

O Poder Público está obrigado a fornecer o adequado tratamento médico nos termos das recomendações elaboradas pelos órgãos oficiais encarregados dos estudos clínicos e médicos, e não segundo a recomendação específica de determinados médicos, ainda que integrantes da rede pública.

Nesse mesmo sentido, o preclaro professor Luis Roberto Barroso oferece alguns parâmetros para limitar a intervenção do Poder Judiciário em sede de implementação do direito à saúde, especificamente em relação às demandas individuais:

*O primeiro parâmetro que parece consistente elaborar é o que circunscreve a atuação do Judiciário – no âmbito de ações individuais – a efetivar a realização das opções já formuladas pelos entes federativos e veiculadas nas listas de medicamentos referidas acima. Veja-se que o artigo n.º. 196 da Constituição Federal associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de*

*seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. Presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que detêm de tais fenômenos. E, além disso, avaliaram também os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia e emprego dos medicamentos.*

*Esse primeiro parâmetro decorre também de um argumento democrático. Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo – que paga os tributos – quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. A decisão judicial que determina a dispensação de medicamento que não consta das listas em questão enfrenta todo esse conjunto de argumentos jurídicos e práticos.<sup>50</sup>*

Diante da escassez dos recursos públicos, das infindáveis demandas sociais e da existência de diversas formas de implementação do direito à saúde, forçoso é reconhecer que à administração atribui-se a tarefa de, no exercício regular de seu poder discricionário, estabelecer as prioridades e os tratamentos a serem atendidos pela rede pública de saúde, tornando a intervenção do judiciário para determinar o fornecimento deste ou daquele medicamento absolutamente fora dos lindes constitucionais impostos.

Isto porque, em virtude da separação das funções estatais, falece ao Poder Judiciário legitimidade democrática para se substituir ao legislador e ao Judiciário para estabelecer as políticas públicas em sede de fornecimento de medicamentos, salvo, excepcionalmente, em sede de demandas coletivas e com intervenção de órgãos técnicos para se aferir a constitucionalidade das opções adotadas em face do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). Nesse particular aspecto, confira-se a lição de MARCO MASELLI GOUVÊA:

*(...) a separação de poderes traduz-se numa consideração de ordem técnico-operacional. O Legislativo, e principalmente o*

---

<sup>50</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Op. cit.**

*Executivo encontram-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial aqueles que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público.<sup>51</sup>*

E mais, justamente por não reunir o conhecimento técnico necessário à aferição da adequação dos tratamentos e melhor delimitação dos custos e benefícios dos protocolos adotados pela rede pública de saúde levando-se em consideração a incidência de moléstias e as disponibilidades financeiras do Estado, é que a decisão judicial também culmina por acarretar violação ao princípio da eficiência da administração.

Não raramente as decisões judiciais têm sido proferidas para determinar o fornecimento de medicamentos importados e de altíssimo custo, alguns em fase de teste e sem eficácia devidamente comprovada.

Embora haja previsão constitucional e incentivo às pesquisas científicas, o princípio da eficiência da administração não legitima a utilização dos recursos públicos para a realização de pesquisas com determinados medicamentos ou tratamentos na base de tentativa erro e acerto para toda a população, justamente porque tal dispêndio de recursos está atrelado ao não atendimento de outras demandas igualmente relevantes em sede de direito à saúde.

#### **4.4 Algumas decisões judiciais na esteira dos argumentos suscitados**

Em que pese a ampla maioria das decisões judiciais trilharem entendimento no sentido de que o art. 196 da CRFB/88 investe o indivíduo no direito subjetivo de exigir todo e qualquer medicamento do Estado, não estando

---

<sup>51</sup> GOUVÊA, Marco Maselli. **Op. cit.** p. 343

submetida à reserva do possível porque em jogo o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, verifica-se, ainda que de forma tímida, o surgimento de uma corrente jurisprudencial alinhada com os argumentos aqui defendidos. Portanto, passamos a abordá-las, de forma sucinta, apenas para identificar os pontos de convergência com o presente trabalho.

Nesse sentido, verifica-se que o Excelso Pretório por decisão interlocutória da lavra da Ministra Ellen Gracie, acolheu reclamação apresentada pelo Estado de Alagoas para estabelecer que os órgãos de saúde não estão obrigados a fornecer medicamentos não padronizados e de alto custo.<sup>52</sup> Esse também foi o fundamento sufragado na Suspensão de Segurança Nº 3.073/RN, também da relatoria da Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie<sup>53</sup>. Nesse mesmo sentido já decidiu o Egrégio TJDFT.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Confira-se a notícia extraída do sítio eletrônico daquele tribunal, uma vez que aludida decisão ainda encontra-se pendente de publicação: *De acordo com a Lei nº 8080/90 e a Portaria nº 1318 do Ministério da Saúde, ao estado compete o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de alto custo. O estado de Alagoas afirmou a existência de grave lesão à ordem pública porque o fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria do MS e sem o necessário cadastramento dos pacientes, inviabiliza a programação orçamentária do estado e o cumprimento do programa de fornecimento de medicamentos excepcionais.*

*A ministra Ellen Gracie ao admitir a competência do STF para analisar o pedido, declarou estar configurada a lesão à ordem pública, já que a execução de decisões como a ora impugnada “afeta o já abalado sistema público de saúde”. A presidente do Supremo considerou que “a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários”.*

*Ellen Gracie afirmou que a norma do artigo 196 da Constituição, ao assegurar o direito à saúde, “refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas”. O estado de Alagoas, por sua responsabilidade em fornecer recursos necessários à reabilitação da saúde dos cidadãos não poderia inviabilizar o sistema público de saúde, o que acontece neste caso – com a antecipação de tutela para que o estado forneça os medicamentos relacionados dos associados, “está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade”.*

*A ministra concluiu pelo deferimento parcial do pedido diante da constatação de que o estado de alagoas não está se recusando a fornecer tratamento aos associados, motivo da suspensão da tutela antecipada, “tão somente para limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do estado de alagoas ao fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria nº 1318, do Ministério da Saúde”.*

<sup>53</sup> *“Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao*

Outrossim, infere-se das decisões citadas do Excelso Pretório o entendimento de que o art. 196 da CRFB/88 não confere estofo a demandas individuais com vistas ao fornecimento de determinados medicamentos senão à implementação de políticas públicas voltadas ao cumprimento do direito à saúde e, uma vez havendo legislação estabelecendo os medicamentos a serem prescritos para determinadas moléstias, não caberia ao judiciário se substituir ao legislador e ao executivo para determinar o fornecimento de tal ou qual medicamento.

Entendendo pelo caráter programático da norma inscrita no art. 196 da CRFB/88, o que estaria a desautorizar a sindicabilidade direta e imediata do direito à saúde mediante postulação de medicamentos, também já se manifestou o Colendo STJ em sede de recurso especial interposto contra acórdão prolatado em mandado de segurança impetrado em favor de crianças fenilcetonúricas e que pretendiam o fornecimento de medicação necessária ao tratamento.<sup>55</sup>

---

*impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, 'o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo' (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº. 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comuniquese, com urgência".*

<sup>54</sup> AÇÃO COMINATÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DIREITO À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO PROTOCOLO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA. É dever do Estado garantir o direito à saúde, fornecendo tratamento ao cidadão que por ser hipossuficiente não tem condição de arcar com os custos dos medicamentos prescritos para o caso. Para que haja a manutenção do fornecimento da medicação requerida, mister se faz que o tratamento se enquadre nas diretrizes previstas no Protocolo do Ministério da Saúde. (20060110492473APC, Relator CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, julgado em 20/06/2007, DJ 12/07/2007 p. 90)

<sup>55</sup> PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INEXISTENCIA DE ATO COATOR. O MANDADO DE SEGURANÇA E O REMEDIO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A PROTEÇÃO DE DIREITO LIQUIDO E CERTO, DEMONSTRADO DE PLANO, MEDIANTE PROVA PRECONSTITUIDA CONTRA ATO ABUSIVO OU ILEGAL DE AUTORIDADE PUBLICA. O CONCEITO DE DIREITO LIQUIDO E CERTO E TIPICAMENTE PROCESSUAL E SO PODE SER RECONHECIDO SE OS FATOS EM QUE SE FUNDA PUDEREM SER PROVADOS DE FORMA INCONTESTAVEL. INEXISTINDO O ATO ABUSIVO OU ILEGAL, EM CONCRETO, PROMANADO DO AGENTE COATOR, INVESTIDO DE AUTORIDADE PUBLICA, E DESCABIDA A IMPETRAÇÃO DA SEGURANÇA. NO AMBITO DO RECURSO ESPECIAL E POSSIVEL A VALORAÇÃO DA PROVA E A AVALIAÇÃO DO SEU MERECEMENTO, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, SE E SUFICIENTE PARA TORNAR CERTA A EXISTENCIA DO ATO PRATICADO PELA AUTORIDADE COATORA, PORQUANTO, CONSTITUEM PRESSUPOSTOS DA SEGURANÇA: A) O DIREITO LIQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE; B) O ATO ABUSIVO PRATICADO POR AUTORIDADE PUBLICA. INEXISTE DIREITO CERTO SE NÃO EMANADO DA

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Suspensão de Tutela Antecipada com relatoria atribuída ao Ministro Nilson Naves, entendeu que o Estado não estaria obrigado a fornecer medicamentos fora das listas oficiais de tratamento, e que a decisão judicial que assim dispusesse estaria violando o princípio da separação das funções estatais. E o fez porque, a decisão judicial que determinou o “fornecimento de medicamento a qualquer pessoa, independentemente da listagem oficial da RENAME –, incursionou por seara exclusiva da Administração, afetando, em conseqüência, a saúde pública, visto que, como afirmado acima, a escolha dos medicamentos a serem adotados na Política Nacional de Medicamentos segue procedimentos baseados em critérios técnico-científicos”<sup>56</sup>.

## CONCLUSÕES

Ao fim e ao cabo, após um redimensionamento das funções do Poder Judiciário na estrutura do Estado Democrático de Direito e uma exata compreensão da doutrina da máxima efetividade das normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais, verifica-se que a implementação do direito à saúde por intermédio do Poder Judiciário entra alguns limites fáticos e direitos, são eles:

A norma prevista no art. 196 da CRFB, em virtude de seu caráter marcadamente programático, descortinando estrutura de baixa densidade normativa, não confere, por si só, direitos subjetivos aptos à amparar demandas

---

LEI OU DA CONSTITUIÇÃO. NORMAS MERAMENTE PROGRAMATICAS PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, MAS NÃO CONFEREM AOS RESPECTIVOS BENEFICIARIOS O PODER DE EXIGIR A SUA SATISFAÇÃO ANTES QUE O LEGISLADOR CUMPRA O DEVER DE COMPLEMENTA-LAS COM A LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. NO SISTEMA JURIDICO-CONSTITUCIONAL VIGENTE, A NENHUM ORGÃO PUBLICO OU AUTORIDADE E CONFERIDO O PODER DE REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTARIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO E CASSADA A SEGURANÇA. DECISÃO POR MAIORIA. (REsp 57614 / RS, Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO, 1ª Turma, DJ 01.07.1996 p. 23989, RDA vol. 205 p. 262, RT vol. 733 p. 183)

individuais com o objetivo de obter do Estado o fornecimento de medicamentos específicos. A bem da verdade, haja vista a predominância de seu caráter jurídico-objetivo enquanto norma instituidora de direito fundamental, aludido dispositivo destina-se e vincula Poder Público, com vistas à implementação de um arcabouço normativo infraconstitucional (dever de legislar), assim como à formulação de políticas públicas direcionadas à efetivação do direito à saúde (dever de formular políticas públicas).

Por conseguinte, ainda que se possa cogitar da existência de direitos subjetivos a tais ou quais medicamentos, o dever do Estado seria restrito ao fornecimento daqueles medicamentos eleitos pelo Ministério da Saúde para o tratamento de moléstias, ou seja, aqueles medicamentos padronizados pelos órgãos oficiais de saúde no exercício do poder discricionário e em atenção ao princípio da eficiência administrativa, para o tratamento das doenças levando-se em consideração a adequação do tratamento, a incidência da doença e o melhor custo-benefício do tratamento, questões estas somente passíveis de aferição pelos Poderes Legislativo e Executivo, que possuem perspectiva geral do problema, ao contrário do Poder Judiciário, que julga demandas atomizadas, numa perspectiva incompleta do problema. E mais, as listas e protocolos oficiais de tratamento estabelecidos pelos órgãos oficiais de saúde constituem o núcleo essencial do direito à saúde tutelado por meio do mínimo existencial corolário da dignidade da pessoa humana.

Noutra perspectiva, verifica-se que escassez de recursos públicos para o atendimento de todos os direitos fundamentais simultaneamente, acaba por demandar do Estado a realização de escolhas trágicas, no sentido de que o atendimento de determinado direito implica inexoravelmente, e em certo grau, na negativa de outros. Assim, partindo-se da premissa de que nossa constituição não alberga a existência de qualquer direito fundamental em caráter incondicionado e absoluto, conclui-se que a implementação dos direitos fundamentais de caráter prestacional – inclusive do direito à saúde - encontra-se submetida à cláusula do financeiramente possível. Ou seja, o seu cumprimento está condicionado pelas possibilidades econômicas do Estado.

---

<sup>56</sup> STJ, Suspensão de Tutela Antecipada 59/SC, Rel. Ministro Nilson Naves, DJU 02.02.2004.



A reserva do possível, como destacado, assume uma dupla feição: a) reserva do possível material, consistente nas limitações de ordem fática e econômica para implementação dos direitos fundamentais, uma vez que a decisão judicial não cria os pressupostos de fato para o adimplemento o direito de fornecer medicamentos, eis que na consagrada expressão: “direitos não nascem em árvores”; b) reserva do possível jurídica, consistente nas limitações impostas pela submissão da atividade financeira do Estado a determinados dispositivos normativos, como o princípio da legalidade do orçamento, universalidade, vinculação das receitas a determinadas atividades etc.

Soma-se ainda à esta ordem de imitações fáticas e jurídicas aquelas formuladas pela teoria dos custos dos direitos, que na perspectiva da análise econômica do direito, propõe a construção de um conceito pragmático de direito subjetivo no qual as limitações materiais e econômicas impedem a formação da própria situação jurídica subjetiva que ampara a sindicabilidade de prestações relativas ao direitos à saúde.

Nem se olvide, ainda, que ao determinar o fornecimento de medicamentos, de forma incondicionada e desbordando dos limites estabelecidos nas normas que conferem concretude ao direito à saúde, o Poder Judiciário estaria dispondo sobre políticas públicas, determinando alocação de recursos orçamentários e substituindo indevidamente a discricionariedade do administrador na adoção dos protocolos de tratamento, tudo com ofensa ao princípio republicano da tripartição das funções estatais, na medida em que lhe falece legitimidade democrática para tanto. Ainda nesse particular aspecto, constata-se que a intervenção do Poder Judiciário ocorre em desalinho com princípio da eficiência administrativa, porque desamparada de análise macro-econômica da problemática e despida da fundamentação técnica necessária e própria dos poderes Legislativo e Executivo, descortinando sua impertinência e inadequação.

Finalmente, contrapõe-se à implementação do direito à saúde pelo Poder Judiciário que demandas individuais em sede de efetivação de políticas públicas constituem verdadeira violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade, conquanto criam uma casta dos já privilegiados que possuem

acesso ao Judiciário e se socorreram da prestação jurisdicional, em detrimento daqueles que buscam a satisfação de seus interesses perante os órgãos constitucionalmente competentes, mormente se se atentar para o fato de que o art. 196 da CRFB determina que o acesso às ações e serviços de saúde será de forma universal e igualitária, fazendo-o sob o pálio de uma justiça no caso concreto, mas às custas da realização de uma macro-justiça.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AMARAL, Gustavo. **Teoria dos direitos fundamentais - Interpretação dos Direitos fundamentais e o conflito entre poderes**. Renovar. Rio de Janeiro: 2001. p. 116.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Globo : São Paulo. 1990.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Renovar. Rio de Janeiro: 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília Jurídica. Brasília: 2003

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em <<<http://www.migalhas.com.br>>>, acessado em 20/06/2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil. Vol. 2.** Saraiva. São Paulo: 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil. Vol. 8.** Saraiva. São Paulo: 1998.

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

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang *apud* GUSTAVO AMARAL *in* **Interpretação dos Direitos fundamentais e o conflito entre poderes. Teoria dos direitos fundamentais.** Renovar. Rio de Janeiro: 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília Jurídica. Brasília: 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. RT. São Paulo: 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição.** Saraiva. São Paulo : 2004.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos – Direitos não nascem em árvores.** Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005.

GOUVÊA, Marco Maselli. **Discricionariedade Administrativa – Balizamentos da discricionariedade Administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.** Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Saraiva. São Paulo: 2004

NÓBREGA, Livânia Tavares. **Direito Financeiro**. Fortium. Brasília: 2005. p. 120.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2003.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2002.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Malheiros. São Paulo: 2003.

STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2006.