



**SENADO FEDERAL**  
**INSTITUTO LEGISLATIVO BRASILEIRO**  
**ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO LEGISLATIVO**

**JESUS MARCELO DE SOUZA GALHENO**

**DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE. JUDICIALIZAÇÃO**

**Brasília**  
**Novembro de 2014**

**JESUS MARCELO DE SOUZA GALHENO**

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. JUDICIALIZAÇÃO.**

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro - ILB como requisito para obtenção do título de especialista em Direito Legislativo.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: José Mendonça de Araújo Filho

**Brasília**  
**Novembro de 2014**

**JESUS MARCELO DE SOUZA GALHENO**

**DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE. JUDICIALIZAÇÃO.**

**Brasília, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.**

**Banca Examinadora**

---

**Professor José Mendonça de Araújo Filho**

---

**Professora Tatiana Feitosa de Britto**

Dedico mais essa obra acadêmica a Deus, meu Senhor e meu Redentor, autor e consumidor da minha fé, que me deu forças para prosseguir nos momentos em que mais precisei, principalmente nas horas em que pensei desistir e quando ouvia sua voz que dizia: “Estou contigo e não te desamparo, vá mais longe!” Assim, o fiz! E aqui cheguei. Obrigado meu Deus! Pela simplicidade do meu nada eu lhe ofereço tudo.

## AGRADECIMENTOS

Vocês que me trouxeram até aqui, meus sinceros agradecimentos. A minha amada Cinei Pedrosa e ao meu querido filho Samuel Victor, que estiveram ao meu lado nos momentos de alegria e tristeza ao longo desse período. Ao meu pai e a minha mãe *in memoriam*. Ao amigo de sempre e senador da República Cristovam Buarque, pela compreensão e apoio, sem a qual, não poderia ter galgado tamanha conquista. A todos os defensores públicos, estagiários e demais servidores do Núcleo de Saúde da Defensoria Pública do Distrito Federal. Um agradecimento honroso ao meu professor orientador José Mendonça de Araújo Filho e ao professor Luiz Fernando Machado Pires que serviram de exemplo, na busca desta conquista. Ao corpo docente do Instituto Legislativo Brasileiro - ILB do Senado Federal, que souberam transmitir seus conhecimentos para que minha graduação, como operador jurídico, fosse forjada no alicerce da ética, valores, e na busca infinita do conhecimento. Aos colegas da turma de pós-graduação e, sem menos importância, aos servidores do Instituto Legislativo Brasileiro-ILB, pelo seu profissionalismo e respeito no atendimento a todos nós.

“Saber não é suficiente; devemos aplicar. Querer não é suficiente; devemos fazer”. Johann Wolfgang Von Goethe

## **RESUMO**

O presente trabalho monográfico tem por finalidade analisar se é legítimo ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo condutas na área do direito à saúde, à luz do ordenamento jurídico existente. A suposta intervenção vem encontrando no princípio da separação dos poderes, na tortuosa natureza jurídica dos direitos sociais e na cláusula da reserva do possível seus maiores obstáculos. Contudo o Poder Judiciário vem aplicando um roteiro informal, no qual analisa as nuances apresentadas, buscando conciliar o aparente conflito entre os princípios e naturezas jurídicas dos institutos citados. Constatou-se que agir diferentemente é permitir o esvaziamento do conteúdo jurídico da norma constitucional, o que redundará não só no descumprimento de preceito maior quanto implicará no padecimento de um bem jurídico, ou seja, vida digna, livre e igual. Este o cenário para que o direito à saúde possa ter eficácia plena, sem perder de vista os outros direitos e princípios inerentes aos casos concretos apresentados.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Judicialização.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
Capítulo I - Direitos Sociais .....	10
1.1 Conceito e história dos direitos sociais.....	10
1.2 Os Direitos sociais na Constituição Federal de 1988 .....	13
1.3 Direitos sociais, democracia e papel do Poder Judiciário.....	14
1.4 Eficácia aplicabilidade dos Direitos Sociais.....	17
Capítulo II - Direito à Saúde.....	20
2.1 Constitucionalidade do Direito à Saúde.....	20
2.2 Direito à saúde como direito fundamental .....	21
2.3 À Saúde como política pública e garantia fundamental .....	23
Capítulo 3 - Judicialização do direito à saúde .....	25
3.1 Cláusula da reserva do possível .....	27
3.2 Teoria do mínimo existencial.....	29
3.3 Parâmetro para a atuação judicial no fornecimento de medicamentos. ....	34
CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS .....	40

## INTRODUÇÃO

O presente estudo acadêmico tem como objetivo debruçar sobre a temática da judicialização do direito à saúde, e particularmente quanto à obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamentos de alto custo aos indivíduos que deles necessitarem, bem como a competência do Poder Judiciário suprir a omissão estatal.

O tema escolhido para o objeto deste estudo justifica-se em decorrência de problema social que vem se avolumando e que se apresenta no confronto que se instaura quando o indivíduo depende desse tipo de remédio e o Estado não o fornece. O assunto reveste-se ainda de maior importância ao considerarmos a questão dos direitos e garantias fundamentais, da reserva do possível e do mínimo existencial.

Nesse diapasão, analisar-se-á se a não atuação estatal afrontaria a dignidade da pessoa humana, porquanto estaria a negar ao doente a continuidade de seu tratamento de saúde (quando não o próprio tratamento).

Não obstante o Estado tem utilizado a incidência da reserva do financeiramente possível, que funciona nesse caso como um limitador do direito à saúde. Essa tem sido a saída comumente utilizada pelas pessoas jurídicas de direito público interno para se escusarem de dar cumprimento às normas constitucionais.

Dessa forma e levando-se em consideração a teoria da separação dos poderes, indaga-se: (1) é legítimo ou não ao Poder Judiciário determinar a implementação de política pública para fornecimento de medicamento de alto custo?; (2) ainda à luz da teoria da separação dos poderes, sendo positiva a resposta à atuação, há um limite para esse fornecimento?; (3) Por fim, como compatibilizar a cláusula da reserva do financeiramente possível com a do mínimo existencial?

Analisando esses questionamentos é possível construir a seguinte hipótese para o tema:

O Poder Judiciário tem legitimidade ou não para implementar política pública de fornecimento de medicamento de alto custo?

O objetivo da pesquisa em tela é fazer uma análise sobre a questão do direito à saúde, em especial o fornecimento de medicamentos de alto custo; a obrigatoriedade do Estado em fornecê-los; e a competência do Poder Judiciário em suprir a omissão estatal.

Este estudo terá como orientação o questionamento elaborado acima, considerando a teoria da separação dos poderes, a cláusula da reserva do possível e do mínimo existencial.

O estudo tem ainda a intenção de verificar se o Poder Judiciário pode determinar ao Estado aplicação de ações públicas no fornecimento de medicamentos de alto custo e sendo positiva a resposta verificar se existe um limite para este fornecimento e qual seria ele.

A metodologia do estudo consistiu em revisão bibliográfica de teorias acadêmicas, legislação e pesquisa de dados de ações manejadas por jurisdicionados contra o Distrito Federal para fornecimento de medicamento de alto custo perante a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF).

## **CAPÍTULO I**

### **DIREITOS SOCIAIS**

Os direitos sociais são direitos que motivam pretensões positivas a serem realizadas pelo Estado, ou seja, seu dever em relação ao indivíduo não mais se restringe à abstenção de condutas lesivas aos tradicionais direitos de liberdade.

Para melhor entendermos esse conceito, faz-se necessário breve histórico dos direitos sociais.

#### **1.1 HISTÓRIA E CONCEITO DOS DIREITOS SOCIAIS**

O aparecimento dos direitos sociais no contexto histórico confunde-se com o advento do Estado Moderno, este iniciado com a Revolução Francesa.

Nessa nova concepção de Estado, o poder do monarca é substituído pela soberania popular, conferida por uma lei que estivesse acima de todos e a todos vinculasse, limitando, desse modo, o poder conferido ao governante.

O Estado Moderno, nascido da Revolução Francesa, é aprimorado ainda pelas ideias do contrato social, defendidas por Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

Houve também a primorosa contribuição de Montesquieu, com a Teoria da Tripartição dos Poderes. Apesar da denominação atribuída, a repartição não é do poder, que é uno e pertence ao povo, mas das funções do Estado, quais sejam: Legislativo, Executivo e Judiciário.

O aumento demográfico, causado pela crescente industrialização e as diferenças ocasionadas pelas classes sociais, em que poucos detinham os fatores de produção, fizeram com que os integrantes das baixas camadas sociais reivindicassem direitos que lhes permitissem a igualdade e uma existência digna.

Coadunando Estados, Constituição e Direitos Sociais, Carlos Miguel Herrera (2008),<sup>1</sup> informa que os direitos sociais encontraram na Revolução Francesa a primeira tentativa de constitucionalização.

A ótica dos franceses de 1789 era agregar o novo modelo político implantado a partir da revolução à conseqüente mudança social. Dessa forma, os direitos sociais não se configuraram como direitos subjetivos, de aplicação imediata, pois dependeriam da atuação do Poder Legislativo (na elaboração dos diplomas legais) e, principalmente, do Poder Executivo (na implantação de políticas públicas, trazendo para o contexto real a previsão constante na constituição e nas leis).

Observa-se que, na Revolução Francesa, restou superada a circunscrição dos direitos sociais apenas no direito trabalhista, ampliando o leque para outras áreas. Porém, essa dilatação possuía o mesmo viés de norma programática, voltada, principalmente, aos hipossuficientes.

Em 1830 a França foi sacudida por uma nova revolução que depôs o rei Carlos X e entronou o rei Luís Filipe, representante da camada burguesa. Havia a tentativa de se aliar o Antigo Regime à Revolução de 1789. Manter-se-iam os privilégios e protecionismos, outrora conferidos à nobreza, à classe burguesa, responsável pelo desencadeamento da Revolução Francesa.

Todavia, os populares se opuseram a Luís Felipe, tal como se denota da revolta ocorrida em 1834, na cidade de Lyon. As ideias republicanas foram fortalecidas e deu-se início ao movimento socialista.

A década de 1840 foi marcada pela crise agrícola, sobretudo na Irlanda e na Itália, e pela crise industrial, principalmente na França e na Inglaterra. Devido a essas crises, o custo

---

<sup>1</sup> HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, Constituição e Direitos Sociais” in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2010.

de vida aumentou sobremaneira, prejudicando ainda mais os operários, que continuavam a receber salários irrisórios.

A insatisfação, que já era crescente, encontrou nesse contexto um ambiente propício para mais uma revolta. Em 1848, encabeçados por Luís Blanc, os revoltosos organizaram, em fevereiro daquele ano, um banquete popular, ocasião em que se discutiria a reforma eleitoral. A manifestação, em que pese ter sido severamente reprimida, trouxe resultados significativos: a abdicação de Luís Felipe ao trono e a instalação de um Governo Provisório, que convocou eleições para Assembleia Constituinte.

No interregno entre o sufrágio e a promulgação da Constituição, houve o agravamento da crise e o aumento dos adeptos do movimento socialista, fato que ensejou nova revolução por parte dos operários. O Governo Provisório reprimiu violentamente as manifestações.

Permeado pelas ideias socialistas, nota-se que o cerne das discussões sociais nesse período é o direito ao trabalho em contraposição ao direito de propriedade.

Entretanto, a Assembleia Constituinte, alterando o projeto original, optou por destacar o direito à assistência em vez do direito ao trabalho. Assim, na seara dos direitos sociais, privilegiaram-se os desvalidos, impossibilitados para o trabalho.

O início do século XX destacou-se pelo surgimento das constituições do México e da Alemanha que se notabilizaram no contexto mundial, influenciando as que lhes sucederam.

Os direitos sociais em relação a estas Constituições, em especial a alemã, também conhecida como Constituição de Weimar, tiveram lugar especial com a retomada da questão legislativa desta espécie de garantia e a abordagem da judicialização desses direitos.

Numa tentativa de apresentar soluções a essa indagação e sob a realidade do pós-guerra, surge o Estado de Bem Estar Social.

Impulsionado pelo Plano Marshall, o Estado de Bem Estar Social preconizava ampla intervenção estatal, pois o Estado toma para si a responsabilidade de organizar e executar uma série de serviços públicos, independente de pertencer à sua atividade fim, obrigando-o à prestação de uma gama de direitos sociais.

O objetivo desse novo modelo de Estado é o de integralização, por meio da universalização de serviços outrora restritos. Entretanto, para que se pudesse realizar esse intento, seria exigida uma contrapartida da sociedade, obrigando-a, de acordo com a possibilidade de cada um.

No campo jurídico, o Estado de Bem Estar Social, apesar de sua finalidade integralizadora, não consegue responder satisfatoriamente ao questionamento acima lançado,

além de trazer outra problematização, em decorrência do direito obrigacional que institui, colocando, de um lado, o cidadão-credor e, de outro, o Estado-devedor.

Em que pese a crise enfrentada pelo Estado de Bem Estar Social e a redução estatal, experimentada pela diminuição da intervenção do Estado no final do século XX, as indagações acerca dos direitos sociais perduraram.

## 1.2 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição”. (BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Saraiva, 2013. Art. 6º).

Os direitos sociais são o meio que o constituinte se valeu para atingir os valores eleitos, porque são direitos que têm como objetivo principal melhorar as condições de vida da sociedade bem como promover a igualdade. Nesse sentido, Bonavides diz: “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os amparam e estimula”<sup>2</sup>

É mérito do legislador constituinte o passo dado na direção de se atribuir aos direitos sociais o caráter de direitos fundamentais, logo, num país com grandes diferenças sociais, faz-se necessário também citar a importância das mudanças produzidas na seara dos bens a serem assegurados pelo estado, o que resultou na passagem do modelo liberal para o modelo social. Essa é a análise promovida por Bobbio.<sup>3</sup>

Os direitos sociais, como se depreende da própria nomenclatura, dirigem-se à sociedade. Consubstancia-se em garantir à coletividade direitos que permitam a efetivação do princípio da igualdade. Estão descritos no artigo 6º, da Carta Cidadã de 1988.

Nesse mesmo dispositivo constitucional ficou estabelecido que os direitos sociais obedecem à forma que dispuser a Constituição.

Na seção constitucional dedicada à saúde, objeto do presente trabalho, observa-se que três, dos cinco artigos, delegam à lei a prerrogativa de dar efetividade ao direito à saúde.

O artigo 196 menciona que a saúde é direito de todos e dever do Estado brasileiro garanti-lo por meio de políticas sociais e econômicas. Entende-se, em que pese constituir

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pag. 91

obrigação estatal, não há a garantia creditória ao cidadão, visto que este direito e este dever serão garantidos por meio de implementação das políticas públicas.

No artigo 197 está implícito que os serviços de saúde são de relevância pública, cuja regulamentação dar-se-á nos termos da lei. Constata-se que, mais uma vez, a Constituição delega ao legislador a concretização do direito à saúde.

Segundo a definição dada por José Afonso da Silva,<sup>4</sup> por dependerem de ação legislativa e, **in casu**, executiva, depreende-se que o direito à saúde, delineado nos sobreditos artigos, possui eficácia limitada.

Entretanto, o parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, estabelece que os direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata. Desse modo, o direito à saúde, por estar previsto também no artigo 6º, da Carta Política, teria eficácia plena, independentemente de lei para sua concretização. Eis aí o cerne da discussão sobre a eficácia jurídica do direito à saúde.

É de se reconhecer o bom passo dado pelo legislador constituinte ao atribuir o caráter de fundamentalidade aos direitos sociais, mormente num país que desde sempre foi marcado por gritantes diferenças sociais. Essa postura do constituinte marcou a mudança dos bens a serem protegidos pelo estado, resultado da passagem do modelo liberal para o modelo social.

### 1.3 DIREITOS SOCIAIS, DEMOCRACIA E PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO.

O direito à saúde é um direito fundamental, sendo, pois, dotado de eficácia plena. Dessarte, em sua atuação, o Poder Judiciário terá a guarida constitucional do artigo 5º, parágrafo primeiro, o qual diz que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Todavia, esse cenário desaparece quando se admite que o direito à saúde tem natureza de norma programática.

Conforme verificamos a norma programática dependerá de atuação legislativa, de modo que, se o Poder Judiciário vier a suprir a ausência do legislador ensejará a invasão de

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 16. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. Pág. 309.

competência, pondo em risco a separação dos poderes e, por conseguinte, a própria democracia.

Em texto primoroso, Roberto Gargarella<sup>5</sup> expõe como a democracia pluralista, a democracia populista e a democracia deliberativa encaram a atuação do Judiciário nas questões que envolvem os direitos sociais.

A democracia pluralista abriu possibilidades para o controle difuso da Constituição, visto que entende ser legítimo afastar a aplicação de uma lei, sob pecha de inconstitucionalidade. Esse rechaço não representaria uma ameaça à democracia, uma vez que a vontade popular está expressa na Constituição e, tendo o Poder Judiciário afastado lei inconstitucional, afastou também norma que vai de encontro aos anseios populares expressos na Carta Magna. Sob essa premissa, o Poder Judiciário funciona como um defensor da democracia.

(...) os juízes não teriam outra alternativa senão invalidar todas as normas que desafiassem a autoridade da Constituição, se quisessem proteger os princípios consagrados como invioláveis pelo povo.

Evidentemente, para chegar a essa conclusão e definir quais normas realmente desafiavam a autoridade da Constituição, os juízes tinham de partir de uma perspectiva mais ampla do significado da democracia, bem como de uma certa teoria de como interpretar a Constituição. A teoria democrática que parece estar implicada nessa análise se relaciona com o que geralmente se chama de visão madisoniana ou pluralista da democracia (que considerarei como sinônimos), que sustenta que o objetivo da Constituição é impedir opressões de uns sobre os outros, sem um mundo caracterizado pela presença de facções. Pressupõe-se, aqui, que as facções tentam estender seus poderes tanto quanto puderem, inclusive às custas da violação dos direitos de outras pessoas.<sup>6</sup>

Já a democracia populista não admite o controle de constitucionalidade das leis, porque a vontade popular não é representada pela Constituição, mas sim pelas leis.

Os juízes deviam resolver os conflitos, servindo como mediadores entre demandas opostas, mas não deveriam desempenhar papel algum quanto ao conteúdo e significado da Constituição. Eles – então se supunha – careciam de autoridade para desafiar as decisões das autoridades políticas.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> GARGARELLA, Roberto. “Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais” in *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen, 2010.

<sup>6</sup> GARGARELLA, Roberto. “Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais” in *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen, 2010.

<sup>7</sup> GARGARELLA, Roberto. “Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais” in *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen, 2010.

Pelo exposto, há a propensão em se imaginar que, na democracia pluralista, seria legítimo ao Poder Judiciário estabelecer condutas a serem praticadas pelo Poder Executivo, uma vez que a Constituição e, de modo reflexo, a vontade popular, indicam que os direitos sociais são devidos a todos os cidadãos.

Entretanto, tanto a democracia populista quanto a pluralista proíbem a atuação do Judiciário nesse sentido, justamente por entenderem que essa atitude poderia abalar a separação dos poderes, sob a alegação de que os direitos sociais constituem normas programáticas.

Ao discorrer sobre a democracia deliberativa, na qual o Poder Judiciário teria o condão de, por meio de suas decisões, instigar o debate político a respeito de situações concretas que almejam a atuação legislativa, reforça o autor Roberto Gargarella<sup>8</sup> que o controle judicial a respeito dos direitos sociais fortalece o regime democrático, em vez de ameaçá-lo.

Esse fortalecimento advém de um círculo virtuoso em que o Poder Judiciário é instado a resolver casos concretos que dizem respeito aos direitos sociais, a prolatar decisão em favor do cidadão, determinando uma ação específica do Estado. Essa ação efetiva do Judiciário tem chamado a atenção do Poder Legislativo, que, por seu turno, vê-se compelido a um debate a respeito do tema trazido à tona pelo Estado juiz, e que poderá, mais cedo ou mais tarde, resultar na elaboração de normas sobre a matéria.

É papel preponderante do Poder do Legislativo aperfeiçoar as normas existentes para melhor viabilizar a atuação do Estado no atendimento dos direitos fundamentais do cidadão, o que assume maior importância em se tratando da assistência à saúde.

Roberto Gargarella<sup>9</sup> ainda traz o exemplo de decisão judicial oriunda da África do Sul, a qual determina que o governo que havia proibido a distribuição de medicamentos anti-AIDS deve instituir programas com o desiderato de garantir às mulheres grávidas o acesso aos serviços de saúde, para impedir a transmissão da doença para o filho. Esta decisão deixou claro que a implementação deste direito deverá observar os recursos à disposição do Estado.

(...) não foi necessário que a Corte impusesse suas opiniões às autoridades políticas, definindo, por exemplo, quais soluções deveriam ser aprovadas. Sem embargo, é inquestionável que essas decisões chegaram a promover uma discussão que, até esse momento, não existia ou era mal levada a cabo, e

<sup>8</sup>GARGARELLA, Roberto. “Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais” in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen, 2010.

<sup>9</sup>GARGARELLA, Roberto. “Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais” in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen, 2010.

obrigaram, assim, os políticos a assumir responsabilidades que haviam se recusado a assumir adequadamente.<sup>10</sup>

Entretanto, para Roberto Gargarella<sup>11</sup> há de se distinguir “controle judicial” de “supremacia judicial”. O controle judicial é precursor do debate democrático, por instar a opinião pública a deliberar a respeito de determinado assunto. A supremacia judicial, por sua vez, efetivamente compromete a democracia, por colocar o Poder Judiciário em patamar acima dos demais poderes, pois, neste contexto, a palavra final não seria a do povo, mas a do juiz. Leciona o citado autor que:

A imagem de um diálogo parece inadequada quando os juízes têm a oportunidade de insistir com êxito em suas próprias decisões, sem importar a medida em que o Congresso insista em uma solução oposta. A idéia do diálogo, finalmente, vem exigir algo diferente do que costumamos encontrar na prática. Com efeito, a idéia de “diálogo” remete a um igualitarismo que aqui parece estar ausente. Em um diálogo “normal” os argumentos de uma das partes têm igual oportunidade de prevalecer enquanto ambas as partes apresentem bons argumentos. Na prática institucional que conhecemos, o diálogo aparece desequilibrado para o lado incorreto: na vida diária, não é o povo [la gente] mas o poder judiciário – o poder menos democrático do governo – que tem a mais alta autoridade constitucional.<sup>12</sup>

Assevera-nos ainda Roberto Gargarella<sup>13</sup> que não é a atuação do Judiciário que ameaça a democracia, mas sim a ausência de políticas públicas sobre os direitos sociais, pois, nos dizeres de Abelardo F. Montenegro *apud* Sahid Maluf "(...) de nada serve dizer que o povo é soberano na democracia, se nela o povo não passa de um soberano descalço, de um soberano analfabeto, de um soberano doente e miserável."<sup>14</sup>

#### 1.4 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (BRASIL. Constituição (1988)

<sup>10</sup>GARGARELLA, Roberto. “Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais” in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen, , 2010.

<sup>11</sup> GARGARELLA, Roberto. “Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais” in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen, Pag.22, 2010.

<sup>12</sup>GARGARELLA, Roberto. “Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais” in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen, 2010.

<sup>13</sup>GARGARELLA, Roberto. “Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais” in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen, 2010.

<sup>14</sup>MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Saraiva, 2013. Art.5, § 1º).

Para o professor Ingo Wolfgang Sarlet<sup>15</sup> a temática da efetividade dos direitos sociais está, mais do que nunca, na ordem do dia. Ainda para ele, diuturnamente, surgem novas publicações no cenário acadêmico brasileiro, inclusive, e de modo crescente, como dissertações de mestrado e teses doutorais.

O citado professor, partindo da premissa de que os direitos sociais para nada servem, apenas se limitam a modestas declarações próprias sobre o tema concernente à sua efetividade e à sua eficácia social, conclui dizendo que eles vêm atraindo a atenção dos meios jurídicos e sociais. O seu tratamento jurídico não é tarefa fácil, mais ainda porque são recentes os passos que a dogmática jurídica – constitucional empreende quanto a matéria.

Esse novo pensar trouxe impulso decisivo na Constituição brasileira de 1988, que se insere entre as melhores do mundo, seja por sua opção democrática, seja porque inovou no campo dos direitos sociais dos pontos de vistas formal e material, preocupando-se com a criação de instrumentos constitucionais voltados à concreção dos direitos citados.

Naturalmente a resistência que setores conservadores dos três poderes da República e da sociedade brasileira opõem à Constituição material dificulta a tarefa dirigida a fazer valer os direitos sociais nas relações vitais de cada brasileiro.

A Constituição da República de 1988 enumera vários direitos fundamentais, entre eles estão os direitos sociais. Para sua efetivação exigem uma prestação positiva do Estado e certamente, não configuram apenas mera ideia do constituinte.

No caso da negativa efetivação do direito social por parte do Estado, fica o Poder Judiciário autorizado a determinar que o poder público observe a satisfação das prestações reclamadas, com base no comando do artigo 5º, § 1º, da Carta de 88, que afirma que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

No campo jurisprudencial, a questão da eficácia também é objeto de divergência. Em 17 de junho de 1996 foi publicado, no Diário da Justiça da União, o acórdão proferido nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança/ROMS nº 6564/RS, no qual o Superior Tribunal de Justiça afirma que o direito à saúde, por ser norma programática e,

---

<sup>15</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)>. Acesso em: 05 de novembro de 2014.

portanto, de eficácia limitada, prescinde da atuação legislativa, motivo pelo qual não permitem que o interessado possa exigir a prestação do Estado.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, decisão emblemática encontra-se prolatada nos autos do Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, no qual a Suprema Corte determina ao Município de Porto Alegre o fornecimento de medicamentos de combate à AIDS, sob a premissa de que o direito à saúde está intrinsecamente associado ao direito à vida, motivo porque “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”.<sup>16</sup>

De se ver, portanto, a jurisprudência, em que pese admitir que o direito à saúde é, deveras, uma norma programática, fato que enseja a atuação legislativa, não aceita que a natureza jurídica deste direito represente óbice à sua concretização.

Contudo, consoante se observa da transcrição de ambos os acórdãos, a jurisprudência tem se posicionado de modo a observar a hipossuficiência do beneficiado e a ocorrência de conflito entre princípios e/ou direitos.

Coadunando a jurisprudência ora colacionada aos limites propostos por Luís Roberto Barroso<sup>17</sup> (quando houver a necessidade de se adequar um sentido a um meio específico de concretização; quando os princípios e/ou direitos entrarem em rota de colisão ou no caso de não atendimento ao mínimo existencial), firma-se que o posicionamento do STF é no sentido de imputar ao Estado a obrigação de fornecer medicamentos ao hipossuficiente, consoante afirma o Ministro Celso de Mello:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tomada em decisões de ambas as suas Turmas, é no sentido de que, tratando-se de paciente hipossuficiente, tem o Estado obrigação de fornecer-lhe medicamentos.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409) Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?>> Acesso em: 05 de novembro de 2014

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial” *in* Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2010.

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional e Administrativo. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 273.042/RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Carlos Alfredo de Souza Luize. Relator: Ministro Carlos Velloso. STF, Brasília, DF, 28 de agosto de 2001. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA. E 273042.NUME.\) OU \(RE.ACMS. ADJ2 273042.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA. E 273042.NUME.) OU (RE.ACMS. ADJ2 273042.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 05 de novembro de 2014.

## **CAPÍTULO II DIREITO A SAÚDE**

Após estudar a história constitucional dos direitos sociais, bem como a intervenção do Poder Judiciário nas áreas que, dependeriam da atuação dos demais Poderes, é fundamental agora averiguar a natureza jurídica do direito social, a fim de constatar se ele enseja direito subjetivo, para que possamos restringir o contexto à análise do direito à saúde, seu disciplinamento constitucional e legal.

De acordo com Sérvulo Correia<sup>19</sup> “O direito à saúde é um sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que têm a saúde por objeto imediato ou mediato e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde”.

Ainda nessa direção, Patrícia Werner sustenta que o direito social à saúde impõe ao intérprete o dever de aprofundar seus estudos na área de interpretação do direito constitucional, considerando-o em sua multidisciplinariedade, com dados mais profundos no âmbito do direito sanitário.<sup>20</sup>

### **2.1. CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO À SAÚDE**

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Saraiva, 2013. Art. 196).

No preâmbulo da Constituição Federal de 1988 consagra-se o Estado democrático de direito, meio pelo qual a sociedade brasileira buscaria alcançar e assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

Como dito, alhures, a Constituição Federal de 1988 trata do direito à saúde no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigo 6º) e no Título VIII – Da Ordem Social (artigos 196 a 200).

---

<sup>19</sup> (1991, apud, RICARDO AUGUSTO. Direito fundamental a Saúde Ed. Fórum, 2010, pág. 77)

<sup>20</sup> WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. Revista de Direito Sanitário, v.9, n.2, p. 102, nov de 2014.

Todavia, apesar de ser direito fundamental, o direito à saúde, segundo o STF, não enseja um direito subjetivo, a não ser que o Estado se omita em prestar ações que visem garantir a eficácia deste direito ou essas ações se mostrem insuficientes a garanti-lo. Por essa divisão, nota-se que o fato de a maior parte da doutrina e da jurisprudência considerarem o direito à saúde como norma programática não lhe retira a natureza jurídica de direito fundamental. Tal constatação encontra apoio na maneira como a Constituição Federal de 1988 tratou da matéria e a Corte Suprema a vem interpretando.

Por estar incluído no rol de direitos e garantias fundamentais, o direito à saúde possui de fato e de direito a natureza de direito fundamental. Entretanto, a Carta Magna informa como o Estado irá prestar este direito. Ressalte-se que essa diretriz constitucional é básica, o que permite ao Estado ampliar as políticas públicas, desde que o mínimo contido na Constituição Federal seja atendido.

## **2.2. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

A positivação do direito fundamental a saúde no plano constitucional brasileiro só ocorreu 40 anos depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Somente com a promulgação da Constituição Federal, em outubro de 1988, que o direito à saúde como direito fundamental social de todos passa a ser reconhecido. Esse atraso constitucional é citado pelo especialista em direito constitucional, José Afonso da Silva, com as precisas palavras: “É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem”.<sup>21</sup>

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o direito social à saúde, em seu conceito amplo, a par de ter estreita ligação com o direito à vida, também está conectado à proteção da integridade física, tanto no viés corporal quanto psicológico.<sup>22</sup>

A inclusão do direito à saúde como direito fundamental social<sup>23</sup> foi importante para que o Estado brasileiro passasse a assumir o seu papel na organização de um sistema

---

<sup>21</sup> SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 16. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. Pág. 311

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Pagina 326.

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Saraiva, 2013. Artigo 6º.

público de distribuição, dentro dos limites financeiros do próprio Estado e com a visão na universalidade do atendimento a saúde.

Esse foi também o principal passo para que a saúde fosse inserida no campo da seguridade social ao lado da previdência e da assistência social<sup>24</sup>, o que atribuiu ao poder público o dever de adotar políticas públicas que não só visassem à redução dos riscos de doenças como também o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, seja para promovê-la, seja para protegê-la ou recuperá-la.

Ingo Wolfgang Sarlet (2008) reforça o entendimento acima mencionado ao assegurar que o direito fundamental, enquanto originador de um direito subjetivo, é dotado de uma relação que ele chama trilateral, por ser composta do sujeito passivo, do sujeito ativo e do objeto.

Utilizando-nos ainda do conhecimento de Robert Alexy, podemos considerar o direito fundamental como gênero dos direitos que exigem uma prestação negativa do Estado, a fim de que ele se abstenha de praticar determinadas ações que possam vir a ferir direitos constitucionalmente garantidos aos cidadãos. (Alexy, 2008).<sup>25</sup>

Entretanto, é exigida uma ação estatal, com o escopo de fazer valer os direitos fundamentais insculpidos na Constituição. Nesse diapasão, podemos considerar que essa atitude a ser efetivada pelo Estado configura um direito fundamental, que tem por pretensão, no caso do direito à saúde, a proteção da igualdade.

Ingo Wolfgang Sarlet (2008) traz importante afirmativa a despeito da problemática classificação dos direitos fundamentais, a qual será melhor abordada no subitem 2.3, sem, contudo, excluir os direitos relacionados no artigo 6º, da Carta Política de 1988, do rol de direitos fundamentais.

(...) é possível perceber, no âmbito dos direitos sociais (arts. 6º a 11 da CF), se encontram tanto direitos a prestações, quanto concretizações dos direitos de liberdade e igualdade, com estrutura jurídica diversa.<sup>26</sup>

Em decisão monocrática proferida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental número 45, o Ministro Celso de Mello<sup>27</sup> afirma que o Poder Judiciário estará

<sup>24</sup>BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Saraiva, 2013. Artigo 194.

<sup>25</sup>ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo, Malheiros: 2008.

<sup>26</sup>SARLET, op. cit., p. 160.

<sup>27</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. STF, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em:

autorizado a se pronunciar a respeito do tema sempre que os demais Poderes do Estado se absterem de cumprir o mandamento constitucional ou procederem de tal modo que tornem vazio seu conteúdo. Essa intervenção, por assim dizer, poderá ser graduada, de modo proporcional à ação ou à omissão estatal.

Dessa sorte, para que esse direito fundamental à saúde seja reconhecido como direito subjetivo, o que permitiria a atuação do Poder Judiciário, deve-se observar se o Poder Executivo permanece inerte quanto as suas obrigações, situação que justifica a intervenção do Judiciário.

### **2.3. A SAÚDE COMO POLÍTICA PÚBLICA E GARANTIA FUNDAMENTAL.**

“São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. (BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Saraiva, 2013. Art. 197).

Para implementação de uma política pública é necessário instrumento regulamentador que fixe diretrizes sobre como a ação se desenvolverá: onde, como e em que quantidade serão aplicados os recursos públicos, de modo a prover a sociedade com determinado direito fundamental.

Sob essa premissa, mais uma vez incide a crítica à atuação do Poder Judiciário na seara do direito à saúde, pois, como registrado, a implementação de política pública depende de norma reguladora, pressupondo, com isso, atuação legislativa específica, a qual devera dar ensejo a uma ação executiva, com o desiderato de se efetivar o que dispõe o diploma legal, e, por via mediata, o estabelecido na Constituição Federal.

Sob essa ótica, sendo o direito à saúde uma norma de eficácia limitada, cuja efetivação dar-se-á mediante a implementação de uma política pública, nos moldes acima delineados, a intervenção do Poder Judiciário representaria afronta ao princípio da separação dos poderes.

Ao estudar esse entendimento, a princípio, o Poder Judiciário estaria impedido de intervir em matéria de políticas públicas, devido à decorrência das sobreditas incapacidades técnicas e ausência de legitimidade. Barcelos (2006)<sup>28</sup> pondera que ela não merece guarida.

Sobre o controle, com foco na fixação de metas e prioridades, bem como dos resultados esperados, o Poder Judiciário terá como baliza a finalidade das políticas públicas darem andamento aos direitos fundamentais, oferecendo ao cidadão bens e serviços que garantam *in casu*, o direito à saúde.

Assim, a intervenção do magistrado nesse tema dependerá da existência ou não de regras a respeito do tema: quanto menos regras houver, maior poderá ser a intervenção.

Imagine que no Município X não exista hospital público, mas há vários hospitais particulares. Aqui, a atuação do Judiciário poderá se dar em duas frentes: a primeira, com relação ao direito individual; e a segunda, concernente ao direito difuso. No primeiro caso, podemos ter em conta um Município dotado de um hospital público, mas que a quantidade de leitos seja insuficiente para atender a demanda. Assim, um indivíduo que necessite de internação hospitalar pode vir a acionar o Judiciário, com vistas a garantir sua internação, às expensas do Município, em um dos hospitais particulares ali existentes. No segundo caso, imagine que houve o ajuizamento de uma ação civil pública, cujo pedido seja a inserção de rubrica em lei orçamentária, destinada à construção de um hospital ou, caso já exista essa rubrica, que o administrador público construa o hospital.

Para Barcelos (2006) o controle que se pretende é instrumental e, a rigor, seu objetivo central é obter informação e divulgá-la, de modo a fomentar o debate público e o controle social do tema. Trata-se de um pedido de prestação de contas, cabendo ao Poder Público explicitar o cumprimento da meta que havia estabelecido ou justificar suas opções.<sup>29</sup>

A respeito da eficiência mínima da aplicação de recursos públicos destinados a determinada finalidade, deve-se ter em mente o princípio da eficiência, a nortear a Administração Pública.

---

<sup>28</sup> BARCELOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, ano 1, nº. 3, p. 17-54, jul./set. 2006.

<sup>29</sup> BARCELOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, ano 1, nº. 3, p. 17-54, jul./set. 2006.

A doutrina especializada visualiza na eficiência um dever geral de a Administração aperfeiçoar o emprego dos meios disponíveis para, com eles, obter os melhores resultados possíveis e relevantes para o interesse público.<sup>30</sup>

Tem-se, pois, que, mesmo aos que consideram o direito à saúde como um direito fundamental sujeito à concretização por meio de políticas públicas, não há como se afastar a intervenção do Poder Judiciário, haja vista que caso a política pública não seja adotada ou insuficiente (ou mesmo deficiente) em sua implementação, haverá espaço para a manifestação do magistrado.

### **CAPÍTULO III**

### **JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

A judicialização da saúde é algo novo nos tribunais brasileiros. Entende-se por judicialização as demandas judiciais advindas da negação do acesso ao direito à saúde ao indivíduo que dele precisar por parte do Poder Estatal.

O direito à saúde é um direito social<sup>31</sup> considerado de aplicação imediata pela Constituição Brasileira de 88, no seu artigo 5º, § 1º.

O Superior Tribunal de Justiça considera o direito à saúde como direito fundamental. (AgrG no Resp. nº 88.875/RS. Relator Ministro Luiz Fux. DJ, 22out. 2007).

Prevalece o entendimento que o direito à saúde é considerado, sim, um direito público subjetivo, predominando a lógica que se equivale ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Sendo assim, todo o indivíduo tem o direito à vida, à dignidade e à saúde.

Com essa clareza o STF e o STJ têm decidido por prestigiar o mínimo existencial, notadamente nas demandas de caráter individual, a partir de elementos consistentes, de provas inequívocas em cada caso concreto e considerado o dever do Estado em prover por intermédio de prestações o direito à saúde pugnada na via judicial.

Entende-se que essas constantes decisões dos tribunais superiores têm ensejado cada vez mais o reconhecimento da dimensão do direito à saúde como um direito fundamental

---

<sup>30</sup>BARCELOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, ano 1, nº. 3, p. 17-54, jul./set. 2006..

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Saraiva, 2013, artigo 6º.

e não apenas como um direito social de eficácia contida, superando-se, assim, a natureza programática da norma constitucionalmente estabelecida. É o reconhecimento pelo Poder Judiciário de que entre a não eficácia e a eficácia absoluta da norma relativa ao direito à saúde existe um grande espaço para se construir a justiça social, num processo democrático no qual tem fundamental importância e essencialidade, em que a cidadania ainda deposita a esperança de garantia de sua dignidade.

É de suma importância o papel desempenhado pela Judicialização na consolidação das políticas públicas de saúde. Nesse contexto é de extrema relevância o papel que vêm realizando as Defensorias Públicas, que se tornaram o principal agente na garantia do acesso das comunidades mais carentes aos serviços de saúde e que dependem exclusivamente do Sistema Único de Saúde - SUS.

O caso seguinte é um extrato dos fatos do cotidiano.

O Senhor José Maria não anda se sentindo bem. Ao procurar ajuda médica recebe encaminhamento para consulta com um oncologista. Ao ser diagnosticado com um tumor maligno recebe relatório médico que descreve o tipo de medicamento que deve utilizar. Muito angustiado ele pergunta ao médico: “Aonde eu pego este remédio doutor?” Logo vem a resposta: “Senhor José, aconselho que procure a Defensoria Pública”.

Situações como a deste caso hipotético se repetem em todas as Unidades de Saúde, assistidas pelo Sistema Único de Saúde – SUS e representam a consequência de um fenômeno que vem sendo chamado de Judicialização da Saúde.

Segundo o pesquisador Ramiro Nóbrega Santana, Defensor Público do Distrito Federal, a judicialização das políticas públicas encontrou nos serviços de saúde um campo fértil para o seu desenvolvimento. Ainda segundo ele as amplas bases constitucionais do direito à saúde brasileira colocaram nas mãos do Judiciário a responsabilidade desafiadora que define a prestação de serviços de saúde.<sup>32</sup>

Para se ter ideia da preocupação de nossos tribunais superiores com o crescimento da judicialização da saúde, entre os meses de abril e maio de 2009 foi convocada audiência pública, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, quando ouviu 50 especialistas, advogados, defensores públicos, promotores, magistrados, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup>SANTANA, Ramiro Nóbrega. Judiciário: o novo defensor da saúde? Constituição & Santos, Boaventura de Souza. Para uma Revolução Democracia da Justiça. São Paulo 2007.

<sup>33</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=processoaudienciapublicasaude>

Entre os meses de setembro e novembro de 2010 foram feitos levantamentos de dados na 1ª e 2ª Varas de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDFDT pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Na ocasião foram analisadas 385 (trezentas e oitenta e cinco) ações que correspondem a 87% (oitenta e sete por cento) dos casos de judicialização da saúde. A pesquisa ocorreu entre o período de 2005 e 2010 que alcançaram a 1º e a 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal. (Penalva e cols., 2011).

Penalva sugere que a judicialização da saúde no Distrito Federal não é objeto de ações movidas pela classe alta, e que, ainda, segundo a mesma pesquisa, é possível observar que mais de 95% (noventa e cinco por cento) dos processos praticados no Distrito Federal foram conduzidos por meio da Defensoria Pública, o que permite presumir a hipossuficiência de recursos daqueles que se valeram do Poder Judiciário para garantir o direito à saúde.

Outro fator que prova que essas demandas são, em sua maioria, das classes mais pobres, advém de estudos feitos pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero que demonstram que apenas 8,57% (oito vírgula cinquenta e sete por cento) dos processos referem-se a pedidos relativos à medicina privada (Penalva, 2011)<sup>34</sup>.

O preocupante para pesquisadora é o crescimento da incidência de óbitos que acontecem devido a negligência do Estado ou a morosidade da justiça que atingem, na sua maioria, as populações de classe mais baixa. (Penalva, 2011).

### 3.1 CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

No Brasil a cláusula da reserva do financeiramente possível é tese recorrente nos processos judiciais em que o Estado é instado a apresentar defesa ou quando interpõe recurso.

Assim como as teorias apresentadas nesta monografia (v.g. Separação dos Poderes, normas programáticas etc.), a cláusula da reserva do financeiramente possível, por muito tempo, teve o condão de eximir o Estado de cumprir determinada prestação.

---

<sup>34</sup> Penalva Janaína, Judicialização do Direito à Saúde: O Caso do Distrito Federal. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011. Disponível em < [http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/livro\\_judicializacao\\_do\\_direito\\_a\\_saude\\_-\\_saida.pdf](http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/livro_judicializacao_do_direito_a_saude_-_saida.pdf)>. Acesso em: 05 de novembro de 2014

Interessante observar que, de acordo com artigo elaborado por Anderson Rosa Vaz,<sup>35</sup> o Poder Judiciário acatava tal escusa e não dava provimento ao pedido formulado pelo cidadão.

Consoante se depreende da nota de Vaz, bastava o Poder Público afirmar a ausência de previsão orçamentária para que o pedido do demandante fosse negado pelo Poder Judiciário, sendo prescindível, pois, a comprovação da inexistência de recursos para fazer frente à despesa requerida pelo demandante. À guisa de sugestão, ele afirma:

Ocorre que a mera alegação da cláusula da reserva do possível não é motivo bastante para obstaculizar a efetivação desses direitos. O Poder Público, caso alegue essa cláusula, deve demonstrar o tratamento que o direito social lesado está recebendo no orçamento. Tanto no passado, quanto no presente, quanto no futuro. É em função dessa condicionante orçamentária que a cláusula deve ser observada.<sup>36</sup>

Todavia, ao se cotejar o sobredito artigo com aquele elaborado por Fernando Borges Mânica<sup>37</sup>, percebe-se que, apesar de terem sido feitos no mesmo ano (2007), há divergência de opinião a respeito do posicionamento do Poder Judiciário frente à tese de defesa da cláusula da reserva do financeiramente possível, mais especificamente, acerca da necessidade de comprovação, pelo Poder Público, da ausência de recursos orçamentários.

Enquanto Anderson Rosa Vaz (Vaz, 2007), afirma que o Poder Judiciário não exigia a comprovação da ausência de recursos orçamentários, trazendo como substrato uma única decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Fernando Borges Mânica afirma que essa comprovação é imprescindível, sob pena de o Poder Judiciário atender à demanda do cidadão. (Mânica, 2007).

Observa-se, desse modo, que a legitimidade de intervenção do Poder Judiciário possui limitações: (1) a omissão ou atuação insuficiente dos Poderes Legislativo e Executivo, e (2) a comprovação da insuficiência de recursos orçamentários para atendimento do pedido do demandante.

<sup>35</sup>. VAZ, Anderson Rosa. “A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais”. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, ano 15, n.º. 61, p. 25-48, out./dez. 2007.

<sup>36</sup> VAZ, op. cit., p. 45.

<sup>37</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

Entretanto, consoante exposto pelo Ministro Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45<sup>38</sup>, essas limitações também são alvo de um limite: o mínimo existencial, que será tratado no próximo subtópico.

### 3.2. TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A expressão mínimo existencial remete à existência de um conteúdo nuclear que garante a existência de determinado direito ou mesmo do ser.<sup>39</sup>

Para o estudo aqui desenvolvido, é de bom alvitre dar relevo a duas áreas em que o mínimo existencial será destacado: a) com relação ao direito em si; e (b) com a vida humana, inseridos nesse contexto os princípios a ela inerentes (liberdade, dignidade, igualdade etc.).

Conforme mostrado nos capítulos anteriores, em que pese ser considerado um direito fundamental, o direito à saúde, por integrar o rol de direitos sociais, é também considerado uma norma programática, motivo pelo qual é necessária a atuação legislativa, com fulcro de garantir a eficácia do direito. Atentou-se, ainda, que a falta de atuação do legislador ou mesmo ações ineficientes permitem a intervenção do Poder Judiciário.

Contudo, pode-se imaginar uma atuação legislativa que, ao normatizar o direito, restrinja-o de tal forma que acabe por fulminar sua existência. Para impedir o esgotamento do conteúdo do direito e, por conseguinte, de sua eficácia, foi estabelecido um limite: o núcleo essencial, o qual determina que o mínimo existencial de um direito deve ser respeitado, não se permitindo sua restrição desmesurada ou sua exclusão.

Nessa linha de entendimento e em sintonia com autores que afirmam que os direitos sociais não podem ser encarados como “vale tudo”, com relação ao mínimo existencial ou núcleo essencial de um direito, não há ponderações a serem feitas, pois ou é ou não é, e “não sendo” inexistente o direito, porquanto é justamente esse núcleo que permite dizer que aquele direito existe.

---

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. STF, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/vprocesso/ver\\_ProcessovAndamento.asp?incidente=v2175381](http://www.stf.jus.br/portal/vprocesso/ver_ProcessovAndamento.asp?incidente=v2175381)>. Acesso em: 05 novembro de 2014

<sup>39</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner e SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações disponível em: < [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html) >. Acesso em 05 de novembro de 2014.

Ainda que não exista diferença de regime jurídico entre os direitos fundamentais, não resta simplificada a questão atinente à eficácia dos direitos prestacionais, que, conforme alerta Canotilho, não pode ser solucionada conforme a dimensão absoluta de “tudo ou nada”, dependendo do exame da hipótese em concreto.<sup>40</sup>

O mínimo existencial, com relação à vida humana, seria aquele núcleo essencial que garantiria ao indivíduo uma vida dotada dos princípios a ela inerentes (liberdade, dignidade, igualdade etc.). Percebe-se que o mínimo existencial não se destina apenas à sobrevivência do indivíduo, como a expressão poderia suscitar, mas a uma vida digna, livre e igual.

(...) o direito ao mínimo existencial é frequentemente fundamentado como corolário do direito à dignidade humana. Nesse sentido, TUGENDHAT diz que a dignidade aponta para certo nível de satisfação das necessidades, uma vez que um ser humano precisa do mínimo de existência para que ele possa gozar os seus direitos e para que leve, neste sentido, uma existência humanamente digna.

(...)

O direito ao mínimo existencial é, então, o direito à satisfação das necessidades básicas, ou seja, direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e a autonomia humana e, com isso, impedem a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência ou impossibilidade de exercício da autonomia.

(...)

A mais completa definição é formulada, contudo, por CORINNA TREISCH:

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.<sup>41</sup>

Pelo conceito esposado vê-se que o mínimo existencial relativo à vida humana engloba a eficácia dos direitos sociais. Tal previsão é necessária, uma vez que, como visto no Capítulo I, a não garantia desse núcleo básico acabaria por ameaçar a própria democracia.

A conclusão acima exposta advém do fato de que, se o mínimo existencial se circunscrevesse apenas ao básico para a conservação da vida do indivíduo, sem que houvesse

<sup>40</sup>ROCHA, Rosália Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível. Revista da AGU. Disponível em [http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_V\\_novembro\\_2005/rosalia-eficacia.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf). Acesso em: 05 de novembro de 2014.

<sup>41</sup>LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. “Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial” in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2010.

a preocupação em garantir-lhe a liberdade, a dignidade, a igualdade, esse cidadão não poderia exercer em sua plenitude seus direitos, inclusive políticos, comprometendo, sobremaneira, a participação do hipossuficiente no processo democrático, seja por meio do exercício de seus direitos políticos, seja pela manutenção do controle social.

Consoante se verificou no tópico anterior, o mínimo existencial funciona como limite ao limite da intervenção do Poder Judiciário nas questões que envolvam direitos sociais.

Assim, supondo que a atuação estatal seja eficiente e haja a comprovação da reserva do financeiramente possível, se ainda assim houver o comprometimento do mínimo existencial, não haverá óbice à intervenção do Poder Judiciário, pois o mínimo existencial, em que pese divergências doutrinárias e jurisprudenciais, é exigível.

Valendo-nos de análise de jurisprudência colacionada por Paulo Gilberto Cogo<sup>42</sup> Leivas, podemos compreender melhor essa exigibilidade do mínimo existencial.

O Ministério Público Federal propôs ação civil pública no propósito de ver implementadas as ações previstas no Modelo de Atenção Integral à Saúde do Índio. Pede especificamente uma determinação para que a FUNAI promova a ampliação e recuperação da infra-estrutura física dos serviços de saúde prestados a comunidades indígenas no Estado: a) construindo, dentro do prazo de um ano, a contar do deferimento da liminar, Postos de Saúde (adequados ao atendimento) nas áreas (terras) indígenas (Unidades Diferenciadas de Atendimento à Saúde do Índio); b) os Postos de Saúde devem contar com equipes de saúde formadas, no mínimo, por um médico, um dentista, um auxiliar de enfermagem e um laboratorista, em condições de albergarem pacientes e acompanhantes.<sup>43</sup>

Acompanhando o caso em tela vê-se que o juízo de 1º grau indeferiu o pedido alegando que a atuação do Poder Judiciário em obrigar o Poder Executivo a construir os referidos Postos de Saúde implicaria ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes. O Ministério Público Federal - MPF recorreu, mas não obteve êxito, pois a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região, invocou a exigência de atuação legislativa, bem como da cláusula da reserva do financeiramente possível. Inserido na pauta de julgamento da 2ª Sessão daquele Tribunal, após interposição de recurso, o colegiado atendeu (por maioria) ao pleito do MPF, apesar do voto divergente, tendo em vista o mínimo existencial.

Do voto condutor da maioria destaco entendimento de que: a) os direitos fundamentais prestacionais têm aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, § 1º, da CF/88; b) tais direitos

---

<sup>42</sup> LEIVAS, op. cit., p. 304.

<sup>43</sup> LEIVAS, op. cit., p. 304.

admitem diferentes grau (sic.) de cumprimento, cumprindo ao intérprete atribuir este grau no caso concreto; c) a situação do caso concreto poderá exigir a interpositio legislatoris; d) tal exigência não ocorre no caso do mínimo existencial, ou seja, de qualquer modo o direito ao mínimo existencial poderá ser exigido.<sup>44</sup>

Nota-se da transcrição acima, em especial da letra “d”, que o mínimo existencial, além de transpor os limites da intervenção do Poder Judiciário, é dotado de exigibilidade. Assim, em caso de inobservância ou comprometimento desse núcleo, faz-se legítima a atuação judicial, mesmo que os Poderes Legislativo e Executivo tenham cumprido seu mister e se possa invocar a cláusula da reserva do financeiramente possível.

Interessante notar que, apesar de ter havido votos divergentes, informa-nos Paulo Gilberto Cogo Leivas que ambos os relatores reconheceram a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais.

Observo que, malgrado a divergência quanto ao provimento do pedido, ambos os desembargadores reconhecem a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais. A diferença reside nas exigências fáticas e normativas para o reconhecimento de direitos definitivos. Para a relatora para o acórdão, configurado o mínimo existencial no caso concreto, o Poder Judiciário poderia prover o benefício. Para o relator do voto vencido, far-se-ia necessária a exigência de programa social e previsão orçamentária.<sup>45</sup>

Nesse mesmo sentido é a divergência doutrinária, cujo expoente a ser utilizado no presente trabalho é Ricardo Lobo Torres, que profere entendimento similar ao do relator do voto da sobredita ação civil pública, no que diz respeito à atuação estatal bem como ao afastamento da cláusula da reserva do financeiramente possível.

O citado autor considera os direitos sociais de forma diferente dos relatores referidos, por não conferir a esses direitos a natureza jurídica de direito fundamental. Dessa forma, além de ser imprescindível a ação do Estado, não há o que se falar em mínimo existencial em face de direito social.

Os direitos sociais, que não são fundamentais, representam direitos prima facie, que necessitam da interpositio legislatoris para se tornarem definitivos. Abrem-se, portanto, à otimização progressiva e à reserva do possível, tornando-se inteiramente dependentes de políticas públicas e sociais.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> LEIVAS, op. cit., p. 305

<sup>45</sup> LEIVAS, op. cit., p. 305

<sup>46</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais” in *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 313-339.

Ricardo Lobo,<sup>47</sup> em severa crítica à ADPF nº 45, cuja relatoria é da lavra do Ministro Celso de Mello, afirma que o conceito de reserva do possível foi “desinterpretado” em solo pátrio, porquanto não há porque se atribuir a direito social a natureza de direito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal, em despacho do Min. Celso de Mello (...) confundiu direitos sociais com os fundamentais, deu à reserva do possível interpretação extensiva e abrangente, para torná-la suscetível de aplicação pelo Judiciário (...).<sup>48</sup>

Todavia, formando conclusões sobre as análises feitas nesta monografia, discordamos do posicionamento do mencionado doutrinador. À guisa de substrato dessa divergência, trazemos, em apoio ao nosso entendimento, a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual se utilizou de decisão exarada pelo Tribunal Constitucional Espanhol na Sentença nº 113/1989, para lecionar:

Retornando aos exemplos extraídos do direito pátrio, verifica-se, em primeiro lugar, que o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida se encontram – aqui e lá – na base de todos os direitos sociais em exame. Além disso, impõe-se a conclusão de que, independentemente da previsão expressa de um direito a prestações que tenham por finalidade assegurar ao indivíduo uma existência digna, seja o nome que se lhe dê, tal direito – fundamentalíssimo, diga-se de passagem – também entre nós poderia ser deduzido diretamente do princípio da dignidade humana e do direito à vida, ambos consagrados em nossa Constituição (...).

(...)

Es incompatible com la dignidade de la persona el que la efectividad de los derechos patrimoniales se leve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales. Se justifica así, junto a otras consideraciones, La inembargabilidad de bienes y derechos como limite Del derecho a La ejecución de las sentencias firmes.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup>TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais” in *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 313-339.

<sup>48</sup> TORRES, op. cit., p. 325-326.

<sup>49</sup> SARLET, op. cit., p. 320.

### 3.3. PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Convencidos estamos, portanto, que o direito à saúde é direito fundamental social, cuja eficácia é garantida por meio de políticas públicas. Entretanto, pode-se aventar a possibilidade de que o direito à saúde seja constituído de normas programáticas, estas, à sua vez, não lhe retiram a natureza jurídica de direito fundamental e não podem servir de óbice à eficácia do direito constitucionalmente garantido.

Por prescindir de políticas públicas, nota-se que a efetivação do direito à saúde é da competência do Poder Legislativo, que elaborará lei com vistas a garantir esse direito, e do Poder Executivo, que se encarregará dos aspectos normatizadores, logísticos e operacionais.

Viu-se, ainda, que alguns doutrinadores e magistrados entendam que, por necessitar de políticas públicas para a concretização do direito à saúde, é vedada a atuação do Poder Judiciário, visto que a intervenção deste Poder representaria afronta ao Princípio da Separação dos Poderes.

Contudo, ante a inércia ou a atuação ineficiente dos demais poderes, a intervenção do Poder Judiciário não será vista como um ato ofensivo ao Princípio da Separação dos Poderes, sendo que há previsão constitucional para que o Poder Legislativo e o Poder Executivo atuem devidamente, com vistas a garantir os direitos sociais.

Essa intervenção, porém, deve observar um limite: a reserva do possível. No presente trabalho cuidou-se detidamente da reserva do financeiramente possível, porquanto esta tem sido a tese de defesa recorrente do Estado ante as demandas judiciais. Convém lembrar, por necessário, que não basta a alegação da cláusula da reserva do financeiramente possível, sendo condição *sine qua non* a comprovação das condições que a integram.

Certo é que a atuação do Poder Judiciário pode vir a ser ampliada e a dos Poderes Legislativo e Executivo limitada, se levar em consideração o mínimo existencial, o qual pode ter dupla acepção: primeiro, quanto ao seu aspecto legal, o mínimo existencial consubstancia-se no núcleo essencial, o qual determina que o mínimo existencial de um direito deve ser respeitado, não se permitindo sua restrição desmesurada ou sua exclusão, sob pena de implicar a inexistência do próprio direito; segundo, com relação à vida humana, o mínimo existencial seria o núcleo essencial que garantiria ao indivíduo uma vida dotada dos princípios a ela inerentes (liberdade, dignidade, igualdade etc.).

Impõe registrar que o direito à saúde não engloba somente as ações exclusivamente de medicina curativa, estendendo-se a outras áreas aparentemente alheias a esse direito. Neste subtópico nos detemos ao fornecimento de medicamentos.

Sob este aspecto, há de se considerar, consoante observado, a atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Para a análise aqui realizada, verificar-se-á tão somente a atuação deste último Poder como autorizativa daquela do Poder Judiciário.

Nesse diapasão, consideraremos o fornecimento de medicamentos de alto custo que não integrem a lista de medicamentos divulgada pelo Ministério da Saúde, analisando esse fornecimento tão somente pela ótica do mínimo existencial. Para tanto, serão estudados os votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, em sede de Agravo Regimental<sup>50</sup> e que bem representam o quadro atual sobre o assunto.

Segundo o relatório do recurso em tela, a agravada, Sra. Maria de Lourdes da Silva, ajuizou ação cominatória com pedido de antecipação de tutela, a fim de que o Estado de Alagoas fornecesse medicamento de alto custo, para o tratamento de Leucemia Linfocítica Crônica, moléstia da qual é portadora. A decisão interlocutória proferida pelo juízo de 1º grau foi favorável à autora e confirmada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, em sede de suspensão de tutela antecipada, na qual o Estado de Alagoas alegou que, além de o "Mabthera" não constar no rol de medicamentos do Ministério da Saúde, a responsabilidade pelo fornecimento desse remédio seria do Município, bem como a grave lesão à economia estadual decorrente do deferimento da liminar.

Ante o mencionado insucesso, o Estado de Alagoas interpôs pedido de suspensão de tutela antecipada recursal perante o Supremo Tribunal Federal – STF, o qual também foi indeferido pelo então Presidente daquela Corte. Insatisfeito, o Estado interpôs o agravo regimental em análise.

Em parecer proferido pelo Ministério Público Federal, nos autos do agravo regimental em apreço, houve breve explanação a respeito dos princípios e direitos envolvidos no caso. Lê - se da peça ministerial, *verbis*:

Certamente, em hipóteses como a presente, onde se contrapõem, de um lado, o direito do cidadão individualmente considerado, à prestação de serviços ou obtenção de meios que garantam os direitos consagrados da vida e da saúde e, de

---

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direitos Fundamentais Sociais. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 278. Agravante: Estado de Alagoas. Agravado: Maria de Lourdes da Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA. E 278.NUME.\) OU \(STA.ACMS. ADJ2 278.ACMS.\) &base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA. E 278.NUME.) OU (STA.ACMS. ADJ2 278.ACMS.) &base=baseAcordaos)>. Acesso em 05 de novembro de 2014

outro, o dever-poder do Estado de, ao gerenciar os escassos recursos disponíveis, tornar efetivas as prestações universais de saúde, de forma a beneficiar toda a coletividade, cabe ao julgador, apreciando as particularidades de cada caso, harmonizar de modo proporcional os valores em confronto, evitando o sacrifício total de um em relação ao outro.

Haverá, pois, casos em que o atendimento da postulação de determinado doente, ante as especificidades verificadas nos autos, poderá significar injustificado embaraço às prestações de saúde devidas a toda a coletividade, diante, evidentemente, do quadro de notória e permanente escassez de recursos, a recomendar a provisória suspensão dos efeitos da decisão até que se torne definitiva.

Noutras hipóteses, porém, e igualmente em face das particularidades que os autos revelarem, forçoso será concluir que, a despeito da extrema limitação de recursos, não poderá o poder público eximir-se, ainda que provisoriamente, da obrigação incontestavelmente sua de tornar efetivas as prestações de saúde em favor de cidadãos considerados individualmente, sem prejuízo daquelas devidas à comunidade em geral, dando concretude aos comandos constitucionais pertinentes.

Nesse contexto, perde consistência o argumento de que o Sistema Único de Saúde é regido de forma descentralizada, cabendo a cada ente da federação a realização de atribuições que não se confundem. A responsabilidade estatal é solidária, tendo a norma do art. 196 do texto constitucional como destinatários todos os entes políticos.

(...)

A ponderação dos valores em conflito, neste caso, portanto, leva ao indeferimento do pedido de contracautela, uma vez que a suspensão dos efeitos da decisão pode ocasionar danos graves e irreparáveis à saúde e à vida dos pacientes, parecendo indubitável, na espécie, o chamado perigo de dano inverso, a demonstrar a elevada plausibilidade da pretensão veiculada na ação originária, minando, em contrapartida, a razoabilidade da suspensão requerida.<sup>51</sup>

Percebe-se do parecer do Ministério Público Federal que, além de se pautar pelas limitações impostas e pelo mínimo legal, o Poder Judiciário deverá atentar-se para a colisão dos princípios e direitos em conflito. Dessa forma, conclui-se que os parâmetros a serem observados para a intervenção do Poder Judiciário deverão ser analisados caso a caso.

Tal constatação é invocada pelo Relator do STA 278-Agr/AL, Ministro Gilmar Mendes; *litteris*:

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse

---

<sup>51</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direitos Fundamentais Sociais. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 278. Agravante: Estado de Alagoas. Agravado: Maria de Lourdes da Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA. E 278.NUME.\) OU \(STA.ACMS. ADJ2 278.ACMS.\) &base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA. E 278.NUME.) OU (STA.ACMS. ADJ2 278.ACMS.) &base=baseAcordaos)>. Acesso em 05 de novembro de 2014.

contexto preenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

(...)

Ainda que essas questões tormentosas permitam entrever os desafios impostos ao Poder Público e à sociedade na concretização do direito à saúde, é preciso destacar de que forma a nossa constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação deste direito.<sup>52</sup>

Em seu voto o Relator do STA 278-Agr/AL enfatizou a realização da Audiência Pública, na qual foram ouvidos especialistas em matéria de Saúde Pública, e finalizou alegando ser possível chegar a importantes conclusões.

A primeira delas diz respeito ao tema desta monografia, qual seja, a judicialização do direito à saúde. Contatou-se que a intervenção judicial não decorre da omissão estatal, mas do descumprimento de políticas públicas estabelecidas.

(...) no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.<sup>53</sup>

Dessa forma, existindo política pública definida, há o direito subjetivo ao cumprimento desta política.

No caso sob estudo, além da existência de política pública, há a prova de eficácia do produto no tratamento da Leucemia Linfócita Crônica.

No caso vertente não se pode, ainda, ignorar os direitos e princípios envolvidos. O direito à saúde, em sua essência, remete ao direito à vida; este, por sua vez, pressupõe o direito a uma vida digna. No agravo em questão, a doença, além de representar flagrante ameaça à vida da agravada, não permitia que ela desfrutasse de uma vida digna.

De outro lado, o Estado de Alagoas afirmava que o fornecimento do remédio representaria grave lesão à economia estatal. Esse fato, caso comprovado, tem o condão de suspender a eficácia da decisão judicial, consoante verificado na Lei nº 8.437/1992, uma vez que beneficiará um indivíduo em detrimento de toda uma comunidade. Todavia, tal lesão não foi devidamente demonstrada pelo agravante.

---

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direitos Fundamentais Sociais. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 278. Agravante: Estado de Alagoas. Agravado: Maria de Lourdes da Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/Jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA. E 278.NUME.\) OU \(STA.ACMS. ADJ2 278.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/Jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA. E 278.NUME.) OU (STA.ACMS. ADJ2 278.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 05 de novembro de 2014.

Não obstante, viu-se que, em decorrência da gravidade da moléstia, havia a possibilidade de dano inverso, no qual a grave lesão (ou mesmo a extinção da vida) seria experimentada pela agravada e não pelo agravante no caso em voga.

Dessa forma, conclui-se que os parâmetros a serem adotados pelo Poder Judiciário para o fornecimento de medicamentos deverão estar vinculados ao caso concreto, no que diz respeito não só ao pensamento de direitos e princípios em conflito, bem como a análise dos pressupostos já verificados no decorrer deste trabalho (omissão ou atuação ineficiente do Estado, cláusula reserva do possível em contraposição ao mínimo existencial).

## CONCLUSÃO

Ante o exposto impõe retornar aos questionamentos a fim de que se possa dar a resposta ao problema.

A primeira pergunta diz respeito à legitimidade ou não de o Poder Judiciário determinar a implementação de política pública para fornecimento de medicamento de alto custo. Do estudo realizado é possível afirmar com convicção que o Poder Judiciário não pode estabelecer a implementação de uma política pública, mas pode agir para suprir a omissão ou a atuação estatal, uma vez que estes atos omissivos e comissivos autorizam a intervenção do magistrado de maneira gradual.

A segunda indagação refere-se ao limite da intervenção do Poder Judiciário para determinar o fornecimento de medicamento de alto custo, levando-se em consideração o Princípio da Separação dos Poderes. Sobre esse ponto, viu-se que o roteiro criado pelo Poder Judiciário, para analisar se há ou não ofensa ao Princípio citado, é confirmar se o mandamento constitucional foi cumprido pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Dessa forma, em caso de não cumprimento ou de cumprimento ineficaz, não competirá ao Poder Judiciário tomar para si a tarefa legislativa ou executiva, mas também não poderá se eximir de estudar os direitos e princípios envolvidos e, a partir dessa análise, suprir a omissão ou a atuação ineficiente.

O terceiro questionamento diz respeito à compatibilização da cláusula da reserva do financeiramente possível com o mínimo existencial. Percebeu-se que a cláusula da reserva do financeiramente possível não terá o condão de limitar o direito quando provado, de fato, que o caso concreto se apresenta como exemplo do mínimo existencial. Desse modo, pode o

Poder Judiciário socorrer-se do contido no artigo 196, da Constituição Federal de 1988, a qual consagra e reforça que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado.

Com razão, portanto, o Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do STA 278 – Agr/AL, ao afirmar que o termo “dever do Estado” presume a existência de obrigação solidária e subsidiária entre os entes da Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).<sup>54</sup> Assim, depreende-se que a cláusula da reserva do financeiramente possível sofrerá severa mitigação ante essa responsabilidade solidária e subsidiária.

Acerca das hipóteses aventadas na introdução desta monografia, percebe-se que não há apenas uma a ser aplicada ao tema, porquanto a legitimidade do Poder Judiciário não é absoluta e, a depender do cumprimento da obrigação constitucional pelos Poderes Legislativo e Executivo, poderá ser afastada a intervenção do magistrado.

Verificou-se, ainda, que o roteiro estabelecido informalmente pelo Poder Judiciário agrega o estudo da cláusula da reserva do financeiramente possível, do mínimo existencial e do cotejo analítico dos direitos e princípios envolvidos e observados no caso concreto.

Vê-se, pois, não há base constitucional que impeça a intervenção do Poder Judiciário no tocante ao fornecimento de medicamento de alto custo, visto que, consoante verificado no Capítulo I, os direitos sociais e o direito à saúde, têm por desiderato garantir ao indivíduo uma vida digna.

---

<sup>54</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20566471.NUME.\)&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20566471.NUME.)&base=baseMonocraticas). Acesso em 05 de novembro de 2014. EMENTA: SAÚDE – ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 278.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo, Malheiros: 2008.
- BARCELOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro, ano 1, n.º. 3, p. 17-54, jul./set. 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. “Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial” *in* Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2006
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 pag. 91
- BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Saraiva, 2013.
- GARGARELLA, Roberto. “Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais” *in* Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2010.
- HERRERA, Carlos Miguel. “Estado, Constituição e Direitos Sociais” *in* Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2010.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial *in* Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2010.
- WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito Social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces. Revista de Direito Sanitário, v.9, n.2, p. 102, nov de 2014.
- MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Editora Saraiva 1999.
- MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.
- RICARDO AUGUSTO. Direito fundamental a Saúde Ed. Fórum, 2010.
- SANTANA, Ramiro Nóbrega. Judiciário: o novo defensor da saúde? Constituição & Santos, Boaventura de Souza. Para uma Revolução Democracia da Justiça. São Paulo 2007
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16º Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais in Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2010.

VAZ, Anderson Rosa. “A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais”. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, ano 15, nº. 61, p. 25-48, out./dez. 2007.

### **ENDERENÇO URL:**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?>> Acesso em: 05 de novembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direitos Fundamentais Sociais. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 278. Agravante: Estado de Alagoas. Agravado: Maria de Lourdes da Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA. E 278.NUME.\) OU \(STA.ACMS. ADJ2 278.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA. E 278.NUME.) OU (STA.ACMS. ADJ2 278.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 05 de novembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito à vida e à saúde. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS. Agravante: Município de Porto Alegre e Estado do Rio Grande do Sul. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello. STF, Brasília, DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA. E 271286.NUME.\) OU \(RE.ACMS. ADJ2 271286.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA. E 271286.NUME.) OU (RE.ACMS. ADJ2 271286.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 5 de novembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional e Administrativo. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 273.042 / RS. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravado: Carlos Alfredo de Souza Luize. Relator: Ministro Carlos Velloso. STF, Brasília, DF, 28 de agosto de 2001. Disponível em <[>](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$. SCLA E 273042. NUME.) OU (RE. ACMS. ADJ2 273042.ACMS.) & base = base Acórdãos >)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20566471.NUME.\)&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20566471.NUME.)&base=baseMonocraticas). Acesso em 05 de novembro de 2014. EMENTA: SAÚDE – ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer

medicamento de alto custo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 278.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. STF, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/vprocesso/verProcessovAndamento.asp?incidente=v2175381>>. Acesso em: 5 novembro de 2014.

Penalva Janaína, Judicialização do Direito à Saúde: O Caso do Distrito Federal. Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011. Disponível em <[http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/livro\\_judicializacao\\_do\\_direito\\_a\\_saude\\_-\\_saida.pdf](http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/livro_judicializacao_do_direito_a_saude_-_saida.pdf)>. Acesso em: 5 de novembro de 2014

ROCHA, Rosália Carolina Kappel. A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível. Revista da AGU. Disponível em [http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_V\\_novembro\\_2005/rosalia-eficacia.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf). Acesso em 05 de novembro de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)>. Acesso em: 5 de novembro de 2014.