

## **Limites jurídicos da legitimidade do Poder Judiciário para a concessão de prestações individuais de saúde**

Artigo Classificado em 6º lugar na XV Jornada de Iniciação Científica de Direito da UFPR  
2013

**Luzardo Faria<sup>1</sup>**

**Resumo:** A escolha do constituinte de situar o direito à saúde entre o rol de direitos fundamentais exige uma precisa compreensão da conjuntura em que está inserido o referido direito. Faz-se necessário, desse modo, um estudo crítico da teoria dos direitos fundamentais, que prove que o direito à saúde possui um caráter multifuncional, bem como que sofre consequências dos institutos do mínimo existencial, da aplicabilidade imediata e da proteção contra reforma constitucional. Sabendo que é dever do Estado a sua efetivação, deve-se compreender que as omissões ou ações insuficientemente eficazes dos poderes Legislativo e Executivo obrigam a intervenção judiciária, mas também que, ao mesmo tempo, há um limite para esse ativismo judicial. Se por um ponto de vista a retração do Governo e do Parlamento no atendimento dos anseios populares reclama a atuação dos Tribunais como um contrapeso à atuação insuficiente daqueles, por outro prisma, a intervenção judicial, especialmente no tocante à concessão de prestações individuais, pode implicar restrição de acesso a bens e serviços às classes marginalizadas da população, por acabarem sendo fornecidos apenas aos cidadãos dotados de informação e recursos financeiros para lograr acesso ao Poder Judiciário. Assim, o trabalho identifica os limites constitucionais impostos ao Judiciário para a concessão dessas prestações, buscando um ponto ótimo sob a perspectiva democrática, na qual se efetive o direito à saúde, sem ofender os princípios da separação dos poderes e da igualdade.

**Palavras-chave:** Direito à saúde, Prestações, Judicialização, Limites, Legitimidade.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do segundo ano diurno do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. Bolsista do Programa de Iniciação à Docência (PID). Monitor da disciplina de Teoria do Estado e Ciência Política. Pesquisador voluntário do CNPq.

## 1. Introdução

Após a Constituição de 1988 a busca pela efetivação do direito à saúde tornou-se tema recorrente entre os teóricos do Direito Constitucional. No entanto, muitas vezes, no intuito de praticar a *força normativa da Constituição*, o Poder Judiciário ultrapassa sua esfera de competência, gerando consequências pejorativas para todo o Estado e também para a sociedade civil.

Sabe-se que a relação entre os Poderes do Estado, consubstanciada no princípio de *freio e contra pesos*, admite, por vezes, a interferência de um Poder sobre outro – quando em nome da manutenção da harmônica atuação estatal<sup>2</sup>. Por outro lado, mesmo em nome da efetivação dos direitos fundamentais, é inadmissível a posição excessivamente ativista dos tribunais brasileiros.<sup>3</sup>

Assim, a função do Poder Judiciário é efetivar o direito à saúde, quando não forem capazes os Poder Legislativo e Executivo, tendo em vista que suas decisões devem objetivar o melhor para toda a sociedade. O que se procura, portanto, é a superação do *déficit de legitimidade* dos outros Poderes, jamais uma interferência em sua esfera de competência.

Quanto à atuação do Poder Judiciário nas prestações individuais de direito à saúde, observa-se dois planos distintos: (i) um no qual o direito fundamental do cidadão é violado em razão de omissão, má gestão ou administração do Estado e (ii) outro em que o Judiciário atua excessivamente, não respeitando os limites impostos pelo Direito, tampouco a atividade orçamentária estatal, gerando uma desorganização de recursos escassos, que poderiam ser melhor utilizados.<sup>4</sup>

Como consequência desse *excessivo ativismo judicial*, os membros do Poder Judiciário, ao atuarem na alocação e distribuição do orçamento relativo ao direito à

---

<sup>2</sup>FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes**: Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: Editora RT, 1994. p. 17-18.

<sup>3</sup>"No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, fruto da dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar, a corte suprema tem produzido decisões que poder reputadas ativistas [...]" BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. v. 12. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 695.

<sup>4</sup>BRAZ, Kalini Vasconcelos; MONTENEGRO, Sandra. Efetivação do direito à saúde e concessão de medicamentos via ação judicial. In: GUEDES, Jefferson Carús; MAYRINK NEIVA, Juliana Sahione. **Publicações da Escola da AGU**: temas de direito e saúde. p. 39-56. Brasília: Advocacia Geral da União, 2010. p. 51.

saúde, muitas vezes, assumem funções que não lhes compete, transformando-se em *legisladores* ou *administradores* dos recursos públicos.<sup>5</sup>

Com isto posto, entende-se que a discussão é muito mais profunda daquilo que inicialmente poderia se imaginar. A análise dos limites do ativismo judicial nesse caso vai além de uma contraposição entre direito à vida e à saúde, de um lado, e, de outro, a separação de Poderes e os princípios orçamentários. Está-se diante de uma situação mais complexa, na qual se configura o embate entre "*direito à vida e à saúde de uns versus direito à vida e à saúde de outros*"<sup>6</sup>.

Assim, sabendo que: (i) o acesso ao Poder Judiciário é limitado às classes média e alta da população – deixando ao relento àqueles que mais precisariam da tutela judicial; (ii) a maior parte das ações judiciais que tem por objeto prestação de saúde são de cunho individual e não coletivo; (iii) o planejamento de políticas públicas, voltadas ao atendimento de todas as esferas da sociedade, compete à Administração Pública; deve ser encontrado os *limites jurídicos da legitimidade do Poder Judiciário para a concessão de prestações individuais de saúde*.

## 2. O direito à saúde na Constituição

*“O maior erro que um homem pode cometer  
é sacrificar a sua saúde a qualquer outra vantagem”*

Arthur Schopenhauer

### 2.1 Regime jurídico-constitucional do direito à saúde

Por decisão do constituinte de 87/88, o direito à saúde foi alçado à expressão de *direito fundamental*, mais especificamente, de direito fundamental social - e, conseqüentemente, de cláusula pétrea. A questão da efetivação e da eficácia - e das conseqüências decorrentes disso - de tal direito é, portanto, de ordem evidentemente jurídica. Apesar de - obviamente - manter estrita relação com o plano político, recai considerável responsabilidade sobre os aplicadores do Direito e os estudiosos do

<sup>5</sup>CORDEIRO, Marina Leiliane Xavier. O direito à saúde e a atuação do Poder Judiciário: breves considerações. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink. **Publicações da Escola da AGU**: temas de direito e saúde. p. 85-108. Brasília: Advocacia Geral da União, 2010. 90.

<sup>6</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: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Coords.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 877.

Direito Constitucional. Faz-se mister, desse modo, o desenvolvimento de uma teoria adequada ao ordenamento jurídico pátrio, bem como o de uma dogmática específica, que vise a "*transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial*"<sup>7</sup>.

Os aplicadores do direito, diante disso, devem deixar de lado o "*discurso-denúncia*"<sup>8</sup> para "*sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica*"<sup>9</sup>, buscando uma real efetivação de tudo aquilo que dispõe a Lei Maior, evitando que os direitos fundamentais - e, no foco específico dado nesse trabalho, o direito a saúde - tornem-se tão somente mais uma *promessa constitucional inconsequente*<sup>10</sup>.

O primeiro ponto que merece ser levado em consideração para a construção do presente trabalho é o de tratar a *disciplina jurídica* relegada pela Constituição de 1988 ao direito à saúde. Sem dúvida, é um regime jurídico diferenciado, especial. Nota-se uma proteção maior a este direito no que tange às ações e as omissões caracterizadas pelos Três Poderes nesta seara.

A posição de centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico é típica e essencial de um Estado Democrático de Direito. No entanto, por muito tempo, foram considerados direitos fundamentais apenas aqueles que exigiam uma *abstenção* do Estado, os chamados direitos fundamentais de primeira geração<sup>11</sup>, característicos do pensamento liberal-burguês que dominava o Direito no século XVIII. Considerados

---

<sup>7</sup>CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental (Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 96.

<sup>8</sup>CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 36.

<sup>9</sup>*Idem. Ibidem.*

<sup>10</sup>Sobre o direito a saúde como "*promessa constitucional inconsequente*": "O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" AgRg. no RE 271.286, **Rel. Min. Celso de Mello**, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, DJ de 24-11-2000.

<sup>11</sup>A divisão dos direitos fundamentais em gerações será tratada mais profunda e criticamente adiante, sendo que nesse momento a utiliza-se tão-somente para mais fácil compreensão das funções atribuídas aos direitos fundamentais nos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social de Direito.

direitos do indivíduo *contra o Estado*, podem ser exemplificados pelos direitos à vida, à liberdade, à propriedade privada, etc.<sup>12</sup>

Superado o paradigma do Estado Liberal, agregaram-se às Constituições direitos fundamentais de caráter social, os quais são essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna, tanto para o indivíduo, como para toda a sociedade.<sup>13</sup> São conhecidos por direitos fundamentais de segunda geração e denotam uma posição intervencionista do Estado nas relações privadas.<sup>14</sup>

O direito à saúde é considerado um direito social, tanto material – sua efetivação é imprescindível para a dignidade da pessoa humana – quanto formalmente – na Constituição Federal de 1988 o direito à saúde (art. 6º) está disposto no Título II, Capítulo II, o qual é denominado exatamente de “*dos direitos sociais*”. A razão para isto é a de que o direito à saúde está inserido no rol de direitos que compreendem os valores básicos e as decisões axiológicas da sociedade.<sup>15</sup>

Apesar da *eficácia jurídica reforçada*<sup>16</sup> conferida aos direitos fundamentais pela própria Constituição Federal, ainda há discussão acerca da extensão e do conteúdo que eles podem assumir, ainda mais quando analisados os direitos sociais. Para se compreender o principal motivo que leva grande parte da doutrina e da jurisprudência a considerar a suposta indeterminabilidade do direito à saúde como um empecilho à sua aplicabilidade, deve-se analisar a estrutura da norma constitucional em questão. Para isso, adotar-se-ão as concepções desenvolvidas por Robert Alexy<sup>17</sup> e Ronald Dworkin<sup>18</sup> - e disseminadas no constitucionalismo nacional principalmente a partir dos estudos do português José Joaquim Gomes Canotilho<sup>19, 20</sup>.

<sup>12</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 46-7.

<sup>13</sup>ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 110

<sup>14</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.* p. 47-8.

<sup>15</sup>HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade dos direitos sociais para além do mínimo existencial**. Artigo apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina "Crítica do Direito Constitucional Moderno", ministrada pelo Prof. Dr. Titular Clèmerson Merlin Clève no 2º semestre de 2011, no Curso de Doutorado do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 9.

<sup>16</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.* p. 73.

<sup>17</sup>ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. *passim*

<sup>18</sup>DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010. *passim*.

<sup>19</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003. *passim*.

<sup>20</sup>Faz-se a ressalva, sempre necessária, de que não se olvida ou menospreza outras classificações de princípios jurídicos, sabendo que diferentes distinções entre princípios e regras existem com objetivos também diferentes. Para maior aprofundamento no assunto *cf.* SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e**

Nesse sentido, um direito que possua a qualidade de regra deve representar um comando definitivo, sendo indiscutivelmente aplicado quando se satisfizerem os pressupostos de sua existência. Por outro lado, princípios não impõem condutas pré-determinadas, mas tão somente *prima facie*, o que significa que nem sempre sua efetividade será total, podendo sofrer com a incidência de outros fatores não previstos. Aqui vale a lembrança da lição trazida por Alexy ao defender a tese de que os direitos sociais são relativos a cada cidadão e, ainda mais especificamente, a cada situação concreta: “*la cuestión acerca de cuales son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente es una cuestión de la ponderación entre principios*”<sup>21</sup>.

Sendo assim, enquanto para Dworkin as regras se aplicam seguindo a lógica do “*tudo-ou-nada*”<sup>22</sup>, para Alexy princípios são “*mandados de otimização*”, ou seja, normas que determinam que o direito em questão deva ser aplicado na maior medida possível, tendo em vista sempre o contexto jurídico-social que o envolve<sup>23</sup>.

O que se deve entender é que o fato de os direitos sociais terem sido dispostos de maneira aberta não foi mera atividade leniente do constituinte de 87/88, mas sim uma opção juridicamente fundamentável, tendo em vista que a natureza desses direitos pressupõe uma redação mais flexível, para que possam ser aplicados ainda que sob a influência de fatores dificultantes. O direito à saúde, nesse quesito, encontra-se cercado de inúmeros imprevisibilidades, tais quais os avanços tecnológicos que acarretam em tratamentos mais modernos e eficientes e o surgimento de epidemias que reclamam respostas velozes da Administração Pública.<sup>24</sup>

Assim, resta classificado o direito à saúde como um princípio jurídico, um mandado de otimização, nos termos de Alexy, a cuja aplicação não é essencial produção legislativa complementar. Sendo que, como ensina Clèmerson Merlin Clève, mesmo em casos de “omissão” por parte do Poder Legislativo, poder-se-ia pleiteá-lo junto ao Judiciário.<sup>25</sup>

---

regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, nº1, Belo Horizonte: Del Rey, p. 607-629, jan./jun., 2003.

<sup>21</sup>ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos...** *Op. Cit.* p. 495.

<sup>22</sup>Teoria desenvolvida em: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos...** *Op. Cit.* p. 38., segundo a qual ou a regra é válida e, por tal, deveria se aceitar todos seus efeitos jurídicos ou não o é, e não se poderia exigir nenhuma das consequências que prevê.

<sup>23</sup>ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 87.

<sup>24</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial.** Defesa em: 15.03.2013. p. 270 Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2013. p. 51.

<sup>25</sup>CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.* p. 103.

## 2.2 A jusfundamentalidade dos direitos sociais: a busca por um direito à saúde plenamente fundamental

A temática que trata da inclusão dos direitos sociais dentro do rol dos direitos fundamentais não é, nem nunca foi campo de opiniões pacíficas e concordantes. Múltiplas teorias versam sobre o assunto. No presente trabalho, procura-se demonstrar que os direitos sociais e os fundamentais estão absolutamente no mesmo patamar hierárquico.

Três são as teorias contrárias a esta. Existe desde uma linha de pensamento que acredita que os direitos sociais são juridicamente fundamentais apenas em sua *parcela necessária para a participação do processo democrático*<sup>26</sup>, passando pela teoria que defende a *jusfundamentalidade dos direitos sociais tão somente no seu conteúdo de mínimo existencial*<sup>27</sup>, chegando àqueles que se posicionam pela *inaplicabilidade do regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais*<sup>28</sup>.

Para não se estender muito sobre o tema, que não é o foco principal deste artigo, não se explicará esmiuçadamente cada uma das teorias supracitadas, mas refutar aquilo que defendem – em menor ou maior grau, evidente: a falta de jusfundamentalidade do direito à saúde. Para isso, partem de duas características típicas e essenciais dos direitos fundamentais: a aplicabilidade imediata e a proteção de reforma constitucional por constituírem cláusula pétrea, defendendo que esses institutos nem sempre (ou nunca) se aplicam aos direitos sociais.

(a) Quanto às *cláusulas pétreas*, (i) a Constituição Federal elenca em seu art. 60, §4º os assuntos que não poderão ser objeto de emenda constitucional. De fato, os direitos sociais não contam expressos naquele rol. No entanto, sabe-se que existem *cláusulas pétreas implícitas* ao sistema constitucional. Diferente não poderia ser, caso contrário poder-se-ia abolir alguns princípios fundamentais da república, por não estarem expressamente naquele dispositivo.

---

<sup>26</sup>Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

<sup>27</sup>Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; MAURÍCIO JR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>28</sup>Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004; GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Por óbvio, tal ideia seria um devaneio. Entende-se, portanto, que assuntos que forem indispensáveis à manutenção da identidade básica da Constituição são também protegidos de reforma.<sup>29</sup> Nesse sentido, é indiscutível que valores como a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I), a *erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades* (art. 3º, III), entre outros, integram esse grupo de cláusulas pétreas implícitas.

Sabendo que a função objetiva das denominadas cláusulas pétreas é proteger os elementos mais essenciais da Constituição, preservando sua identidade - ou aquilo que a doutrina e a jurisprudência alemãs costumam chamar de “*Geist der Verfassung*” -, e que os direitos sociais constituem os valores estruturantes de um Estado social e democrático de Direito não se pode defender outra coisa, senão uma proteção reforçada a tais dispositivos.<sup>30</sup>

Assim sendo, José Afonso da Silva destaca que consiste em severa violação ao princípio da dignidade da pessoa humana uma sociedade na qual se preponderam grandes desigualdades sociais, econômicas e culturais. Dessa forma, é incabível dizer em *vida digna* em uma comunidade na qual milhões de homens e mulheres são diariamente torturados pela falta de condições básicas de saúde (medicamentos, hospitais, saneamento básico, etc.).<sup>31</sup> O direito à saúde, resta, com o exposto, incluso no rol de direitos protegidos de reforma constitucional.

(ii) Outro argumento utilizado nesse campo é de que o constituinte originário não se olvidou de relegar maior proteção aos direitos fundamentais. Para tanto, dispôs no art. 60, §4º, IV, a proibição de emendas que tendam a abolir os direitos e garantias individuais, o que excluiria os direitos sociais. Caso se seguisse essa lógica reducionista, que atenta apenas ao individualismo, muitos dos direitos dispostos nos incisos do art. 5º estariam sem essa proteção reforçada, tais quais os que tratam da *liberdade de associação* (XVII), da *defesa do consumidor* (XXXII), do *mandado de segurança coletivo* (LXX), entre muitos outros. Obviamente, não era esta a intenção do constituinte originário.

Conquanto àqueles que propõem uma interpretação mais literal do referido dispositivo, deve-se saber que todos os direitos fundamentais consagrados na

---

<sup>29</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 133.

<sup>30</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. In: **Interesse Público**. ano 5. n. 17. jan./fev. p. 56-74. Porto Alegre: Notadez, 2003. p.72-73

<sup>31</sup>SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 106

Constituição são, em última análise, direitos de titularidade individual, mesmo que sua expressão tome proporções coletivas. Assim, diz-se que o indivíduo é quem tem assegurado o direito de voto, à assistência social e, obviamente, também à saúde.<sup>32</sup>

Para reforçar a tese acima exposta, da concepção ora individualista assumida pelo art. 6º da CF – a qual o consagra entre as “cláusulas pétreas” protetoras, pelo art. 60, § 4º, IV, dos direitos e garantias individuais – ressalta-se o fato indiscutível de que cada vez mais é maior o número de *demandas individuais de direito à saúde*.<sup>33</sup> Com todo o tratado, resta comprovado que o direito à saúde possui, pois, a mesma proteção reforçada dos direitos fundamentais individuais.

(b) No que concerne ao instituto da *aplicabilidade imediata*, (i) o principal argumento contrário à inserção dos direitos sociais nesse rol é o de que tais direitos são de cunho prestacional, ou seja, precisam de uma atuação intervencionista do Estado para se concretizarem. Esta ideia é fruto da errônea separação dos direitos fundamentais em gerações históricas. Como se demonstrará no ponto 3 desta primeira parte do trabalho, os direitos fundamentais são feixes de posições jurídicas jusfundamentais, isto é, assumem, conforme o caso concreto, mais de uma função – é a chamada *teoria da multifuncionalidade*.

Apenas para um esboço teórico, lembra-se aos defensores dessa tese que direitos tidos como de defesa - dispostos, em sua maioria, no art. 5º da Constituição - também podem exigir prestações fático-materiais do Estado. Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève ensina que, a despeito da faceta abstencionista, o Estado “*deve agir para promover as iniciativas dirigidas à promoção dos referidos direitos*”<sup>34</sup>. É o caso da “*liberdade de locomoção, nos grandes centros, que pressupõe a existência de uma rede de transporte coletivo com acesso democratizado*”<sup>35</sup>.

É imperioso ressaltar, por fim, que de fato deve existir uma restrição da aplicabilidade imediata aos direitos prestacionais. É a chamada *reserva do possível* (“Vorbehalt des Möglichen”), que será estudada mais a fundo no ponto 1 da Parte II. Todavia, tal reserva é inaplicável a uma parcela mínima dos direitos sociais, plenamente

---

<sup>32</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos... *Op. Cit.* p. 69.

<sup>33</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. *In: Interesse Público*. ano 3. n. 12. out./dez. p. 91-107. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001. p. 101.

<sup>34</sup>CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia... *Op. Cit.* p. 96.

<sup>35</sup>CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem.* p. 97

extraível da Constituição. O Estado, portanto, tem o dever de aplicar imediatamente o direito à saúde ao menos enquanto *mínimo existencial*.<sup>36</sup>

(ii) Ainda, fala-se que os direitos sociais não podem ser dotados de aplicabilidade imediata por sua total extensão não ser diretamente deduzível a partir da Constituição. Isto quer dizer que o direito à saúde não poderia ser considerado um direito subjetivo por não se saber exatamente o que cada cidadão teria direito a reclamar do Estado.

No entanto, como já foi explicado no tópico anterior, essa suposta indeterminabilidade do direito à saúde não pode ser utilizada como escusa para sua não efetivação. (1) Primeiramente, porque a essência de tal direito possui caráter principiológico. Ou seja, essa abertura normativa existe exatamente para possibilitar ao administrador público efetivá-lo com mais facilidade, tendo em vista as possíveis peculiaridades do caso concreto.

(2) Além disso, lembra-se aos críticos da tese ora defendida que os direitos de liberdade também, muitas vezes, não estão detalhadamente determinados pela Constituição, é o caso dos direitos à *livre manifestação do pensamento* (art. 5º, IV), à *liberdade religiosa* (art. 5º, VI), à *inviolabilidade da vida privada* (art. 5º, X), etc. Isso quer dizer que, em menor ou maior grau, qualquer direito fundamental reclama alguma espécie de regulamentação legislativa infraconstitucional para sua efetivação.<sup>37</sup>

(3) Frisa-se, ainda, que o direito à saúde já está, de certa forma, regulamentado infraconstitucionalmente. Como exemplo maior tem-se a Lei Orgânica do SUS (8.080/90), mas também a Lei nº 9.313/96, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos a portadores de HIV, e a Lei nº 8.142/90, que trata da participação da comunidade na gestão do SUS.

### **2.3 O direito à saúde como um feixe de posições jurídicas jusfundamentais: a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais**

Para se compreender a *teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais*, deve-se, anteriormente, relegar certa atenção ao processo que constrói a formulação dos direitos sociais no desenvolvimento do constitucionalismo. A história dos direitos

---

<sup>36</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental...** *Op. Cit.* p. 54.

<sup>37</sup>HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade...** *Op. Cit.* p. 77.

fundamentais é intimamente relacionada ao surgimento dos Estados de Direito<sup>38</sup>. Naquele momento, sob a influência do Iluminismo Francês, das revoluções burguesas ocorridas na Inglaterra e na França e da independência dos Estados Unidos, deu-se maior importância a direitos que assegurassem a liberdade do indivíduo frente ao Estado, exigindo desse um dever de abstenção, que mantivesse intacta a esfera de atuação privada de cada homem.<sup>39</sup> Ficaram posteriormente conhecidos como *direitos fundamentais de primeira geração*.

Os direitos sociais, grupo dentro do qual se inclui o direito à saúde, foram caracterizados como *direitos de segunda geração*. Deve-se saber que tais gerações de direitos fundamentais são consequências de transformações nas concepções legitimadoras da posição do Estado.<sup>40</sup> É, portanto, em um contexto de crise de tais bases de legitimação que se desenvolvem os direitos sociais. Quando a mera liberdade individual, ocasionada pela posição abstencionista do Estado, torna-se insuficiente para a resolução das aflições cotidianas do homem, faz-se essencial uma posição intervencionista, capaz de propiciar um "*direito de participar do bem-estar social*"<sup>41</sup>.<sup>42</sup><sup>43</sup>

A mais moderna dogmática, todavia, versa no sentido oposto à rígida separação dos direitos fundamentais em gerações históricas pré-determinadas. Acredita-se, pois, na já aludida teoria da multifuncionalidade.

Dizer que um direito fundamental é dotado de multifuncionalidade é, como doutrinou Alexy, entender que cada direito fundamental é um *feixe de posições jurídicas jusfundamentais*. Assim, deve-se analisar um "*direito fundamental como um todo*"<sup>44</sup>, observando que ele pode assumir mais de uma função, contrariando a doutrina clássica.<sup>45</sup> Seguindo esse raciocínio, aceita-se que as funções dos direitos fundamentais podem ser divididas, em um primeiro momento, em dois grandes blocos: (i) direitos de

<sup>38</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.* p. 43.

<sup>39</sup>"Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo". MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

<sup>40</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental...** *Op. Cit.* p. 22.

<sup>41</sup>LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 127.

<sup>42</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.* p. 47.

<sup>43</sup>É importante lembrar que, apesar de no presente trabalho fazer referência expressa apenas às primeiras duas gerações de direitos fundamentais, a doutrina constitucionalista, pacificamente, trata ainda dos direitos de terceira geração (direitos de solidariedade e fraternidade). Além disso, há certa discussão quanto à definição - e até mesmo a existência - de uma quarta e quinta geração de direitos fundamentais. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem.* p. 50-52.

<sup>44</sup>ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 214.

<sup>45</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.* p. 154.

defesa, em uma dimensão negativa, *abstencionista* do Estado, que visa a garantir uma esfera individual de liberdade de cada indivíduo e (ii) direitos a prestação, que são caracterizados por uma posição *intervencionista* do Estado.

Destarte, vale ressaltar o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet de que o direito à saúde “*pode, dependendo de sua função no caso concreto, ser reconduzido a ambas as categorias, o que, como ainda se terá oportunidade de verificar, acarreta reflexos importantes no âmbito da eficácia e efetividade*”<sup>46</sup>.

Quando se diz da *dimensão negativa* do direito à saúde, alude-se a sua posição quanto direito de defesa, ou seja, da proteção estatal a um bem jurídico fundamental contra a agressão de terceiros (inclusive do próprio Estado). Dessa forma, o Estado e demais entes particulares possuem o dever jurídico de não prejudicar a saúde das pessoas, bem como de não intervir na delimitada esfera privada de autonomia pessoal para escolhas relativas à sua saúde – e.g., possibilidade de escolha devido à existência de múltiplos planos privados de saúde.<sup>47</sup>

Por outro lado, a faceta prestacional do direito à saúde implica na intervenção do Estado na sociedade. Deve o poder público, portanto, *prestar* a todos os cidadãos condições reais de acesso à saúde. Nesse campo vai-se desde a construção de hospitais à implantação de um sistema de saneamento básico, passando pela distribuição de medicamentos e a oferta de tratamentos. É uma dimensão ampla e que, por tal motivo, pode ser subdividida em outras duas funções: fática-material e normativa.

(ii.1) A primeira é a assinalada nos exemplos supracitados. Facilmente observável, por ser caracterizada por uma prestação que implica em *modificação no mundo material*, sempre foi tida como uma característica exclusiva dos direitos sociais.

(ii.2) No entanto, deve-se ressaltar a importância da função normativa, que é o dever do Estado de *criar normas* para que possa se efetivar o direito em questão. Nesse sentido, as leis 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e 8.142/90 são exemplos do exercício da função normativa do direito à saúde, que comprova a atuação do Poder Público no sentido de possibilitar sua concretização.<sup>48</sup>

Ainda, a função normativa possui suas ramificações. Subdivide-se em função prestacional normativa de proteção, de organização e de procedimento. (ii.2.a) A função

---

<sup>46</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações... *Op. Cit.* p. 97.

<sup>47</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem.* p. 100.

<sup>48</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. Tutela judicial do direito fundamental à saúde: interpretando a Constituição a partir do projeto democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Coord.) **Jurisdição e Questões Controvertidas de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 154.

de proteção do direito à saúde é própria de sua dimensão objetiva, ou seja, do dever público de proteção contra ações de terceiros.<sup>49</sup> Como exemplo tem-se o art. 129 do Código Penal<sup>50</sup> que tipifica a lesão corporal, isto é, a ofensa à saúde de outrem.

(ii.2.b.) Quanto às outras duas funções (de organização e de procedimento), Daniel Wunder Hachem ensina que impõem à máquina estatal “*o dever de emitir normas jurídicas – legislativas e/ou administrativas – com o fito de criar estruturas organizacionais e procedimentais que possibilitem o exercício de direitos fundamentais*”<sup>51</sup>. É o caso, já citado, da Lei Orgânica da Saúde, que regulamenta o SUS.

Vale ressaltar, após o esclarecimento sobre direitos de prestação, a lição trazida por Luis Prieto Sanchís de que os direitos fundamentais sociais, porquanto sua faceta prestacional, são “*expresiones concretas de la igualdad sustancial, pues consisten en un dar o en un hacer en favor de algunos individuos según ciertos criterios que introducen inevitablemente desigualdades normativas*”<sup>52</sup>.

Terminada a explanação sobre a teoria da multifuncionalidade, resta demonstrado que o direito à saúde não assume, como muitos podem imaginar, apenas uma função, mas sim uma pluralidade delas, sendo a sua função primordial a utilizada, para fins didáticos, para classificá-lo.<sup>53</sup>

## **2.4 O mínimo existencial como reforço teórico à efetivação do direito fundamental à saúde**

Como já tratado anteriormente, o Estado tem, indiscutivelmente, o dever constitucional de efetivar os direitos sociais, ao menos enquanto constituem uma parcela de *mínimo existencial*. A função desse instituto é, exatamente, fornecer maior força jurídica aos direitos sociais, para que possam, em determinada medida, sofrer as consequências do art. 5º, §1º da Constituição.<sup>54</sup>

Antes de dispor sobre a definição do conteúdo do mínimo existencial no direito constitucional pátrio, é imperioso ressaltar as suas origens – até mesmo para uma maior

<sup>49</sup>HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade...** *Op. Cit.* p. 68.

<sup>50</sup>Art. 129, CP: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.”

<sup>51</sup>HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade...** *Op. Cit.* p. 69

<sup>52</sup>SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *In:* BARUFFI, Helder (Org.) **Direitos fundamentais sociais: Estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal.** p. 167-216. Dourados: UFGD, 2009. p. 180.

<sup>53</sup>HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43.

<sup>54</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental...** *Op. Cit.* p. 73.

adaptabilidade à realidade brasileira. O referido instituto nasce do constitucionalismo alemão, onde não há, diferentemente do Brasil, um rol expresso de direitos sociais. Dessa forma, tornou-se necessária a elaboração doutrinária e jurisprudencial de uma parcela de direitos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana que vinculassem o Estado à garantia de um “*mínimo social*” a todos os cidadãos. Para os alemães, era possível extrair da Lei Fundamental, ainda que na ausência de regulamentação legislativa infraconstitucional, um direito subjetivo com a função de proporcionar a todos condições mínimas de existência digna.<sup>55</sup>

Baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, nos fundamentos do Estado Social de Direito e no direito à vida, cortes constitucionais de todo o mundo (inclusive do Brasil) acataram o pioneiro reconhecimento alemão.<sup>56</sup> Dessa forma, o direito ao mínimo existencial ficou definido, nas palavras de Ana Paula de Barcellos, como o “*núcleo material do princípio da dignidade humana*”<sup>57</sup>. Por tal motivo, constitui *direito subjetivo oponível ao Estado*. Afinal, por mais que a dignidade possa ser aplicada em maior ou menor grau, a depender do caso concreto, é inadmissível a efetivação de um direito social em uma linha inferior a da mínima dignidade humana.<sup>58</sup>

A doutrina enxerga no direito ao mínimo existencial uma faceta positiva e outra negativa. Tal distinção pode ser bem observada na lição de Ricardo Lobo Torres, que o define como “*um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais*”<sup>59</sup>. Dar-se-á, no presente trabalho, maior atenção à dimensão positiva, uma vez que se entende a negativa apenas como o impedimento do Poder Público de agir no sentido de abater os meios necessários ao desenvolvimento pessoal digno. E como o que aqui se pretende é identificar os limites das prestações concedidas pelo Poder Judiciário, é mais interessante o estudo sob sua óptica positiva, que consiste no “*conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna*”<sup>60</sup>.

Faz-se mister diferenciar o *mínimo existencial vital*, que assegura direitos necessários somente à manutenção da mera existencial fisiológica<sup>61</sup>, do *mínimo existencial sociocultural*, aqui defendido, que abriga, além do mínimo vital,

<sup>55</sup>HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade...** *Op. Cit.* p. 36.

<sup>56</sup>TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 80-1.

<sup>57</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247.

<sup>58</sup>HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade...** *Op. Cit. Ibidem.*

<sup>59</sup>TORRES, Ricardo Lobo. *Op. Cit.* p. 35.

<sup>60</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit. Ibidem.*

<sup>61</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental...** *Op. Cit. Ibidem.*

possibilidades de uma real inserção na vida social a todos os cidadãos, oportunizando o livre desenvolvimento da personalidade de seu titular<sup>62</sup>.

Adentrando na questão do conteúdo do direito ao mínimo existencial, deve-se destacar o consenso doutrinário quanto a sua variabilidade no tempo e no espaço. Dessa forma, aceita-se que as condições necessárias para a construção de uma vida digna e o desenvolvimento da personalidade são adstritas ao caso concreto, por variarem por motivos regionais e históricos, devendo ser levando em consideração o momento socioeconômico da comunidade analisada.<sup>63</sup>

Nesse ponto, Daniel Wunder Hachem faz uma distinção entre os doutrinadores que defendem a determinabilidade do mínimo existencial apenas no caso concreto e os que advogam pela tese da existência de um *rol constitucional preferencial*. Estes, por mais que reconheçam as peculiaridades ocasionadas pelas variâncias do tempo e do espaço, entendem que o conteúdo do referido direito pode ser definido tendo por base uma hierarquia de direitos, extraída diretamente da Constituição, fundamentada na vontade do constituinte originário. No entanto – e essa também é a posição defendida por Hachem – o mínimo existencial forma-se a partir da *ponderação* de uma série de outros direitos, que só podem ser sopesados tendo em vista as peculiaridades do *caso concreto*. De outra forma, estar-se-ia impondo um mínimo existencial muitas vezes divergente das necessidades de determinada comunidade.<sup>64</sup>

Pode-se, todavia, com base na teoria de Ana Paula de Barcellos, colher da Constituição uma delimitação mais específica do que ela mesmo chamou de “*núcleo material do princípio da dignidade humana*”. Desataca-se de antemão que tal núcleo não é absoluto, variando com as mudanças jurídicas da sociedade. A autora o determina a partir de quatro grupos: (i) educação básica, (ii) saúde básica, (iii) assistência aos desamparados e (iv) acesso à justiça.<sup>65</sup>

A citada teoria baseia-se em argumentos lógicos. Barcellos ressalta que a (i) educação e a (ii) saúde caracterizam o primeiro estágio para o desenvolvimento da personalidade de forma digna. (iii) A assistência aos desamparados, que deve ser aplicada concomitantemente aos outros grupos, tem por função garantir que não se concretize uma indignidade absoluta, a qual impossibilitaria qualquer forma de se

---

<sup>62</sup>HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade...** *Op. Cit.* p. 38.

<sup>63</sup>BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 119;

<sup>64</sup>HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade...** *Op. Cit.* p. 45 e ss.

<sup>65</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 300-3

buscar uma vida digna. (iv) Por fim, o acesso à justiça caracterizar-se-ia como o instrumento formal para se proporcionar a efetivação dos outros três grupos, quando o Estado falhasse com suas obrigações.<sup>66</sup>

Posto isto, deve-se buscar definir o que seria a referida saúde básica. Nesse sentido, significativa é a lição trazida por Saulo Lindorfer Pivetta, para quem “*compõem o mínimo existencial, no que diz à saúde, apenas aquelas prestações que podem ser disponibilizadas a toda e qualquer pessoa*”<sup>67</sup>. Para as demais, ressalta Pivetta, “*exige-se a intervenção do legislador ordinário*”<sup>68</sup>.

De modo mais exemplificado, pode-se dizer que a saúde básica agrega: (i) acesso indiscriminado (principalmente aos mais carentes) a bens, centros e serviços de saúde; (ii) alcance a uma alimentação nutritiva e de qualidade, que não acarrete em problemas de saúde; (iii) acesso a um lar com condições sanitárias básicas e fornecimento de água potável; (iv) obtenção de medicamentos essenciais, conforme determinar os protocolos do SUS e as portarias do Ministério da Saúde; entre outros.<sup>69</sup>

A fim de não prejudicar o financiamento de sistemas e políticas públicas de saúde – os quais são, como será explicado adiante, mais eficazes e justos que prestações individuais – deve-se impor limites ao mínimo existencial, para que o Judiciário não se veja na posição de obrigar a Administração Pública a conceder qualquer tipo de prestação de saúde. Esta situação torna-se mais considerável quando se tem no debate a concessão de tratamentos de alto custo, relativos à cura de doenças raras. Vale lembrar que o quadro é ainda mais preocupante quando se sabe que pouquíssimos são os representantes das classes mais baixas – e, portanto, mais necessitadas do amparo judicial – entre os demandantes deste tipo de prestação.<sup>70</sup>

O que resta comprovado ao fim deste tópico é que o mínimo fundamental não é, como muitos doutrinadores defendem, um *teto máximo* para as prestações judiciais. Nesta linha de raciocínio o instituto do mínimo existencial teria por função delimitar “*o ponto culminante da sindicabilidade da dimensão prestacional dos direitos fundamentais*”<sup>71</sup>. Por outro lado, como se demonstrou aqui, o direito ao mínimo existencial deve ser encarado como um *piso mínimo*, cujo conteúdo é imediatamente exigível junto ao Judiciário, mas que não caracteriza uma “*barreira ao reconhecimento*

---

<sup>66</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. *Idem. Ibidem.*

<sup>67</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental...** *Op. Cit.* p. 75.

<sup>68</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Idem. Ibidem.*

<sup>69</sup>HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade...** *Op. Cit.* p. 42.

<sup>70</sup>HACHEM, Daniel Wunder. *Idem.* p. 47.

<sup>71</sup>HACHEM, Daniel Wunder. *Idem.* p. 57.

da existência de outras parcelas normativas igualmente reclamáveis”<sup>72</sup>. De modo simplificado pode-se dizer que as prestações de saúde abarcadas por este mínimo existencial são comandos definitivos, os quais devem ser aplicados de modo imediato pelo Poder Público, enquanto que as parcelas que excedem a este mínimo estariam sujeitas à ponderação do caso concreto, pois passariam a constituir comandos *prima facie*.<sup>73</sup>

### 3. O direito à saúde nos tribunais

“*Querer ser mais do que se é, é ser menos*”

Gilberto Amado

#### 3.1 Reservas legais à efetivação do direito à saúde

Conforme já explicado, o direito à saúde, em razão de sua natureza principiológica, não se manifesta na lógica do “*tudo ou nada*”, típica de normas com caráter de regra. Dessa forma, sendo um “*mandado de otimização*”, deve ser aplicado ao máximo, na *medida do possível*.

Além disso, no tópico anterior foi tratada a definição e delimitação do mínimo existencial relativo ao direito à saúde. Como já explanado, sua aplicabilidade deve ser imediata, não podendo o Poder Público munir-se de escusas para não cumprir com seus deveres constitucionais.<sup>74</sup>

Existe, no entanto, a possibilidade de efetivação do direito à saúde para além do mínimo existencial, uma vez que aqui é enfrentado como *piso mínimo*. É precisamente nesse momento que passam a incidir sobre a aplicabilidade do referido direito reservas legais, que visam a sua restrição, dado o caso concreto.

Segundo a doutrina de Jorge Reis Novais, tais reservas podem ser esquematizadas em: (i) reserva imanente de ponderação, (ii) reserva do politicamente adequado ou oportuno e (iii) reserva do financeiramente possível.<sup>75</sup> É essencial,

<sup>72</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental...** *Op. Cit.* p. 76.

<sup>73</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Idem. Ibidem.*

<sup>74c</sup>A atividade administrativa também é presidida pelo respeito aos direitos sociais, consagrados constitucionalmente, o que importa dever de sua realização pelo Estado”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 219.

<sup>75</sup>NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 273.

portanto, para o bom entendimento das possíveis restrições à aplicabilidade dos direitos sociais, que seja dado um tratamento específico a cada um destes temas.

(i) Antes de se falar da *reserva imanente de ponderação*, deve-se lembrar da teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, sabendo, que ao depender do caso concreto, diferentes serão os deveres do Estado perante os cidadãos. Assim sendo, correlaciona-se à reserva imanente de ponderação o *dever de respeito*. Ou seja, é o dever que tem o Poder Público de não interferir em determinadas ações privadas de cada particular, garantindo a todos os indivíduos meios de acesso a bens de saúde como bem lhes convier. Além disso, também se deve manter assegurada a integridade física e psicológica da população.

Com isto posto, a reserva imanente de ponderação autoriza, em determinados casos, a restrição do dever de respeito a algum direito, se em face deste se opuserem outros. Para isto é necessária a ponderação entre os direitos conflitantes, a fim de que o Estado possa resolver o conflito da melhor maneira possível.

Para melhor ilustrar o tema, tem-se como exemplo a Lei nº 9.782/99 que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e, em seu art. 7º, XV<sup>76</sup>, determina a proibição da comercialização de determinados medicamentos que possam causar risco à saúde. O que se observa nesse caso é uma restrição do direito individual de poder comprar o medicamento que quiser para si, em face de uma decisão estatal, que visa à maior da saúde pública.<sup>77</sup>

(ii) No caso da restrição do direito à saúde com fundamento na *reserva do politicamente adequado ou oportuno*, está-se diante de uma situação que demanda a observação da realidade concreta, com o fim de buscar a efetivação dos dispositivos constitucionais como um todo.

Esta reserva objetiva o respeito às decisões legislativas e administrativas, tomadas, acredita-se, após longos debates, realizados com os membros eleitos pela população para geri-la. Por tal motivo, caberia ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo – e não ao Judiciário – a deliberação de atitudes que visem ao melhor para a população. Sabendo que o objetivo de um Estado de Direito é propiciar o bem

---

<sup>76</sup>Art. 7º, XV, da Lei nº 9.782/99: “Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou risco iminente à saúde”.

<sup>77</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental...** *Op. Cit.* p. 64.

comum<sup>78</sup>, cabe aos representantes eleitos pelo povo a legitimidade de determinar a distribuição da renda pública.

Todavia, exatamente por ser função do legislador ordinário e do administrador a densificação do conteúdo do direito à saúde, cabe ao Poder Judiciário o controle de suas produções (leis, atos administrativos, etc.) quando inconstitucionais ou ilegais, assim como nos casos em que a Administração Pública se omitir sem justificativa.<sup>79</sup> Nesse mesmo sentido ensina Sérgio Fernando Moro que “*embora seja ampla a liberdade do legislador na elaboração do orçamento, este não deve descuidar das exigências constitucionais*”<sup>80</sup>.

(iii) Por fim, analisa-se a *reserva do financeiramente possível*, a qual incide sobre os direitos fundamentais quando estes assumem uma faceta prestacional, haja vista o necessário dispêndio de recursos para sua execução. Deve-se aceitar a reserva do financeiramente possível não como um obstáculo à aplicabilidade do direito à saúde, mas sim como um direcionador da forma como deverão ser alocados os recursos públicos.<sup>81</sup>

Nesse sentido, assevera Romeu Felipe Bacellar Filho que tal reserva não pode, jamais, ser utilizada como excludente ou atenuante da responsabilidade extracontratual do Estado. Isto quer dizer, de maneira simplificada, que o Poder Público não pode se eximir de suas obrigações constitucionais alegando mera falta de recursos.<sup>82</sup>

Dessa forma, a escusa da Administração Pública com base em alegação - e até mesmo comprovação - de insuficiência financeira para a não efetivação do direito à saúde (ao menos enquanto sua parcela mínima) não pode passar despercebida pelos órgãos jurisdicionais competentes. Nossa Constituição veda – corretamente, diga-se de passagem – a pena de morte até mesmo aos condenados por crimes hediondos. Não seria razoável, portanto, condenar a morte uma pessoa que nada fez, senão de ser vítima do precário sistema público de saúde nacional e de não ter condições para custear um tratamento privado.<sup>83</sup>

---

<sup>78</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112.

<sup>79</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental...** *Op. Cit.* p. 66.

<sup>80</sup>MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 109

<sup>81</sup>PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Idem.* p. 67.

<sup>82</sup>BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 243.

<sup>83</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas Considerações...* *Op. Cit.* p. 103-4.

Ainda, segundo perspicaz doutrina de Bacellar Filho, a negligência estatal, que tem por resultado situações desumanas e degradantes nos hospitais públicos brasileiros, ante graves enfermidades, "*submete seus cidadãos à inobjetével tortura*"<sup>84</sup>, constituindo inegável ofensa ao disposto no art. 5º, III da CF<sup>85</sup>.

O julgador, portanto, quando deparar-se com casos de prestações de saúde deve-se lembrar das lições de Robert Alexy e, ao saber que o direito à saúde possui caráter principiológico, procurar efetivá-lo na medida do possível, enquanto mandado de otimização que é. Deve-se sempre manter em vista, pois, a busca por uma correta alocação dos recursos.<sup>86</sup>

Sabendo da inegável escassez de recursos públicos, vale, por fim, ressaltar a lição trazida por Ana Paula de Barcellos, para quem "*O intérprete deverá levá-la em conta (a limitação de recursos) ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado ao determinar seu fornecimento pelo Estado*"<sup>87</sup>.

### 3.2 A posição do Supremo Tribunal Federal

As ações que pleiteiam prestações de saúde são, indiscutivelmente, de ordem constitucional. Por esse motivo, muitas delas são levadas até o Supremo Tribunal Federal. Para se compreender, portanto, a posição jurídica jurisprudencial adotada pelos tribunais no Brasil, deve-se primordialmente fazer uma análise do posicionamento adotado pela Suprema Corte.

Até o ano de 2007, pode-se dizer que o STF não levava em consideração a escassez de recursos do erário quando do deferimento de tutela prestacionais relativas à saúde. Essa era a posição unânime do Tribunal. De acordo com o entendimento da época, portanto, quando o "*Poder Público fosse omissivo de forma arbitrária, intolerável e por comportamento desviante*"<sup>88</sup> caberia ao Judiciário atender impreterivelmente a demanda do pleiteante.

---

<sup>84</sup>BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Año XXXIV, nº 408, p. 97-101, sept. 2012, p. 101

<sup>85</sup> Art. 5º, III, CF: "Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante".

<sup>86</sup>SOUZA, Oziel Francisco de. **A efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário**: uma breve análise. São Paulo: All Print Editora, 2008. p.52.

<sup>87</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 246.

<sup>88</sup>WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.) **Direitos**

Comprovante desse paradigma jurisprudencial é o notório voto proferido pelo Min. Celso de Mello, na Petição 1.246-1 (SC), da qual foi Relator. No caso – de um menor de idade com *Distrofia Muscular de Duchene*, que intencionava o custeio de tratamento em uma clínica norte-americana no valor de US\$ 63 mil – o Ministro, em despacho monocrático, defendeu a absoluta proteção do direito à vida, “*que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5, caput)*”<sup>89</sup>. Fazendo-o prevalecer contra qualquer “*interesse financeiro e secundário do Estado*”<sup>90</sup>. Entendeu, por fim, que “*razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida*”<sup>91</sup>.

É o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 45, que, em que pese à perda do objeto da ação, casou o início do processo de inversão paradigmática das questões de prestações de saúde. O STF passou a entender não ser função do Poder Judiciário a implementação de políticas públicas dirigidas à efetivação do direito à saúde, mas sim dos Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, quando houvesse comportamento abusivo das outras esferas do Estado, o Judiciário teria o dever de intervir, a fim de garantir “*o núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo*”<sup>92,93</sup>.

Diante da nova divergência de ideias e do número cada vez maior de ações que pleiteavam a concessão de prestações de saúde, o Supremo Tribunal Federal realizou, entre abril e maio de 2009, uma *Audiência Pública* para tratar da questão da judicialização da saúde. A importância de tal mecanismo de consulta consiste no fato de seu objeto ser muito mais amplo e de seu enfoque, multidisciplinar. Assim, a referida Audiência Pública extrapolou os limites do mundo jurídico, ouvindo profissionais da saúde e da sociedade – que é, no fim, a destinatária das prestações.<sup>94</sup>

---

**fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 353.

<sup>89</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRegPet 1246-1 (SC). **Rel. Min. Celso de Mello**. Julgamento: 31.01.97. DJ: 13.02.97.

<sup>90</sup>*Idem*.

<sup>91</sup>*Idem*.

<sup>92</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. **Min. Rel. Celso de Mello**. Julgado: 29.04.04. DJ: 04.05.04.

<sup>93</sup>NICOLADI, Muriel Clève. A atuação do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental prestacional à saúde. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Jurisdição e Questões Controvertidas de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 195-7.

<sup>94</sup>LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. In: **Interesse Público**. ano 12. n. 64. p. 105-130. nov./dez. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 119.

Após esse momento emblemático, a Suprema Corte buscou traçar requisitos-base para a concessão de prestação de saúde, os quais deveriam ser seguidos por todo o Judiciário. A decisão proferida nos autos de AgRg em STA 175/CE tratou detalhadamente do assunto e deu início ao novo paradigma jurisprudencial<sup>95</sup>. De forma resumida, buscar-se-á trazer sistematicamente os requisitos determinados pelo colegiado no julgamento da referida ação.

Deve-se inicialmente distinguir duas hipóteses de ação que pretende prestação de saúde: (i) quando o objeto da ação for *previsto* nos termos normativos, mas não estiver sendo cumprido: o Judiciário tem o dever de intervir e efetivar a prestação. Nesse caso, não há o que se falar em ativismo judicial nos caso de o Judiciário conceder prestação já inclusa pelas políticas do SUS. Afinal, não se está criando uma nova política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.<sup>96</sup>

(ii) Quando se estiver diante de uma ação de saúde cujo *objeto não é abrangido* pelas políticas do SUS, deve-se buscar entender se tal fato decorre de (a) uma omissão legislativa ou administrativa – quando se deveria dar privilégio ao tratamento estabelecido pelo SUS; ou de (b) uma decisão administrativa de não fornecê-la.

Nesse segundo caso, se (1) o SUS fornecer tratamento alternativo com eficácia comprovada para o caso analisado, novamente será privilegiado o sistema público. Mas se for o caso de (2) o SUS não possuir tratamento para tal doença, por motivo de (I) o tratamento estar ainda em fase experimental, não deve o Judiciário conceder sua tutela. Vale lembrar, nesse momento, que para confirmar a imprescindibilidade da comprovação de eficácia do medicamento ou tratamento pleiteado para que se efetive a tutela judicial, tem-se como exemplo o caso ocorrido com o custeio de tratamento para retinose pigmentar em Cuba<sup>97</sup>, que fez com que a União despendesse alto valor para custear tal tratamento, o qual, posteriormente, demonstrou-se ineficaz.<sup>98</sup>

(II) Se for, por outro lado, caso de um tratamento ainda experimentado pelo SUS, mas com sua eficácia já comprovada pela rede privada, o julgador poderá, atento às reservas estudadas no ponto 6, intervir, demandando da Administração Pública o custeio do referido tratamento particular.

---

<sup>95</sup>NUNES, António José Avelas. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 126 e ss.

<sup>96</sup>LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Idem*. p. 121.

<sup>97</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª região). Apelação/Reexame Necessário nº 2006.71.04.002215-3/RS. **Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz**. 3ª T. DJe de 25 de set. de 2008

<sup>98</sup>BLIACHERIENE, Ana Carla *et al.* Acesso a bens de saúde do SUS pela via judicial. *In: Interesse Público*. ano 13. n. 70. nov./dez. 2011. p. 123-160. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.130

Por fim, ainda é interessante lembrar que para que possa ser realizada uma prestação de saúde mediante tutela judicial faz-se necessária a observação de dois importantes quesitos: (i) a prestação pleiteada deve ser *urgentemente essencial*, sendo que sua não concessão possa implicar em insulto ao princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) a (inevitável) lesão aos princípios da democracia e da separação de poderes deve ser, dado o caso concreto, relativamente inferior ao dano que seria causado ao direito à saúde, caso a tutela fosse indeferida – podendo, assim, suportá-la.<sup>99100</sup>

### **3.3 Ações coletivas em detrimento das individuais: por um constitucionalismo democrático e igualitário**

Dentro da temática da *judicialização do direito à saúde*, de todos os problemas aqui já expostos, o que gera mais consequências pejorativas tanto para o Estado brasileiro como para a sociedade civil é o abundante – e cada vez maior – número de ações individuais<sup>101</sup> que tem por objeto alguma prestação de saúde.

Além de fornecimento de medicamentos, há uma série de outros itens que integram a função prestacional do direito à saúde – e com os quais a Administração Pública deve igualmente se preocupar em destinar seus recursos - tais quais: criação e manutenção de hospitais, assistência ambulatorial, saúde odontológica, programas de saúde do índio, atenção à saúde da população quilombola, etc. Dessa forma, é preocupante o aumento no número de ações judiciais individuais que pleiteiam desde medicamentos e operações cirúrgicas a fraldas geriátricas e próteses dentárias.<sup>102</sup>

Além disso, as ações judiciais que visam à tutela individual de direito à saúde têm por função primordial pressionar o Legislativo e o Executivo a cumprir suas obrigações constitucionais, sob pena de se caracterizarem em fatos meramente

---

<sup>99</sup>SOUZA, Oziel Francisco de. *Idem*. p. 45.

<sup>100</sup>Vale ressaltar, ainda, que em caso de prestação de medicamento, deve-se sempre optar pela concessão daquele de menor custo, a fim de atender tanto as exigências do postulante como do Estado. A Ministra Ellen Grace, nesse sentido, ao julgar a STA 91/AL, distingue emblematicamente o “*direito à saúde*” do “*direito ao medicamento*”. Para a Ministra, o art. 196 da CF, ao garantir a saúde como direito de todos, por meio de um acesso universal e igualitário, pressupõe, principalmente, a incidência de políticas públicas que atinjam a população *como um todo*. Não há base constitucional, portanto, na prestação individual de medicamentos excepcionais e de alto custo, que não integrem os protocolos do SUS ou as portarias do Ministério da Saúde. Cf. CORDEIRO, Marina Leiliane Xavier. *Idem*. p. 92

<sup>101</sup>Pesquisa realizada nos anos de 2007 e 2008 no Tribunal de Justiça do Distrito Federal mostra que, entre as ações que tinham por objeto o fornecimento gratuito de medicamentos, em 99,03% delas o autor pleiteava a tutela de modo individual. Cf. BRAZ, Kalini Vasconcelos; MONTENEGRO, Sandra. *Idem*. p. 46.

<sup>102</sup>BLIACHERIENE, Ana Carla. *et. al. Idem*. p. 124-5.

individuais e pessoais, afrontando o *princípio da impessoalidade*<sup>103</sup>, norteador da Administração Pública.

Ademais, todas as ações individuais que chegam ao Poder Judiciário intencionando prestação de saúde tem por comum um argumento base: *a defesa do direito à vida*. No entanto, estima-se que em ao menos 2/3 desses processos o objeto de que se pretende a tutela são fármacos de uso contínuo, exames e materiais básicos como fraldas, leite, suplementos alimentares, etc. São casos, portanto, em que se observa uma banalização do direito à vida, por este não estar em posição de indispensabilidade. Tal fenômeno, por inflar ainda mais a burocracia da máquina judiciária, prejudica aqueles que deveras necessitam indispensavelmente da tutela judicial.<sup>104</sup>

Por tal motivo, deve-se preferir sempre a ação coletiva em detrimento da individual, pois a discussão em âmbito coletivo sempre pressuporá uma série de debates interdisciplinares, o que é essencial para um bom desenvolvimento de políticas públicas. Além disso, desse modo também se evita a preocupação do magistrado tão somente com a chamada *micro-justiça*. Nesse caso, ao procurar compreender toda a conjuntura econômica-jurídica-social na qual está envolvido, estará buscando realizar a *macro-justiça*. Ainda, vale lembrar que a decisão proferida em ação coletiva terá efeito *erga omnes*, preservando os princípios constitucionais da universalidade, da equidade e da isonomia.<sup>105</sup> Tem de ser superado, portanto, o perfil individualista das ações de saúde que gera a chamada “*microlitigação e favorece a atomização dos litígios, em favor da sua perspectiva coletiva, mais apta a enfrentar o referido direito na sua dimensão coletiva, então, molecularizada*”<sup>106</sup>.

Ao julgar ações coletivas o magistrado vê-se diante de uma situação que o impossibilita de simplesmente aplicar a lei. É levado, dada as circunstâncias peculiares do caso concreto, a analisar, enquanto uma opção não só jurídica mas também política, o bem jurídico que merece maior atenção do Estado. Limitando, assim, o outro bem jurídico presente no conflito. Atuando em ações coletivas o julgador deverá necessariamente *ponderar princípios* como o da *proporcionalidade*, o do *interesse público* e o do *bem comum* com o da *máxima efetividade da Constituição*. Suas

---

<sup>103</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 114.

<sup>104</sup>BLIACHERIENE, Ana Carla. *et. al. Idem*. p. 114.

<sup>105</sup>BLIACHERIENE, Ana Carla. *et. al. Idem*. p. 125.

<sup>106</sup>BLIACHERIENE, Ana Carla. *et. al. Idem*. p. 121-2.

obrigações, nesses casos, são semelhantes às dos representantes eleitos pelo povo, afinal, deverá, tanto quanto eles, pensar no melhor para toda a sociedade.<sup>107</sup>

São as ações coletivas, portanto, que podem, devido ao seu enfoque multidisciplinar, abranger, de melhor forma, todos os anseios da sociedade, pautando-os nos valores dispostos na Constituição. Constituem a única chave, no âmbito das ações de controle judicial de políticas públicas, para se alcançar um *constitucionalismo democrático e igualitário*. E, desse modo, realizar o sonho constitucional iniciado 25 anos atrás, em 1988.

#### 4. Conclusão

Após todo o estudo realizado acerca da *judicialização da saúde*, conseguiu-se comprovar que o direito à saúde, com sua natureza principiológica, constitui um direito plenamente fundamental, ou seja, está, “aos olhos” da Constituição, no mesmo patamar hierárquico dos outros direitos fundamentais. Estudou-se a *teoria da multifuncionalidade*, buscando demonstrar que o referido direito, ao contrário do que pensa a maioria, não é o direito meramente prestacional. Exige, também, da Administração Pública e dos legisladores *dever de respeito* e de *promoção*. Por saber que todos os direitos fundamentais constituem um *feixe de posições jurídicas jusfundamentais*, comprovou-se que não há porque justificar a inaplicabilidade do direito à saúde tendo como justificativa o seu caráter prestacional. Uma parcela mínima, essencial a construção da dignidade da pessoa humana, de tal direito, por tal motivo, deve indiscutivelmente ser efetivado pelo Poder Público. O *mínimo existencial*, aliás, foi compreendido como um *piso mínimo*, a partir do qual seria necessária a ponderação das *reservas legais* para a exigência de sua concretização. Ainda, estudou-se o *posicionamento do Supremo Tribunal Federal*, demonstrando que existem requisitos a serem seguidos para que possa ser deferida a tutela de prestação de saúde. Por fim, comprovou-se a maior eficácia das *ações coletivas* que tratam do tema, por compreenderem toda a *macro-justiça* que envolve a temática em questão.

A Constituição de 88, ao ineditamente conferir aplicabilidade aos direitos sociais, veio para, em uma transgressão paradigmática, transformar a realidade social do

---

<sup>107</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Orgs.) **Processo civil coletivo**. p. 504-527. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 507.

Brasil. Ultrapassada a lógica que aferia ao direito à saúde uma função programática, entende-se atualmente sua posição como norma de aplicabilidade imediata e eficácia plena. Assim, tornou-se reconhecido – em praticamente todos os tribunais - o direito à saúde como um direito público subjetivo oponível ao Estado, no sentido dos cidadãos gozarem de meios para pleiteá-lo junto ao Judiciário.<sup>108</sup>

No entanto, por um princípio democrático, o magistrado, ao julgar um caso de prestação de saúde, deve sempre se atentar às decisões já tomadas nesse âmbito pelos legisladores e administradores. Os recursos destinados ao cumprimento de uma tutela judicial nesse sentido são obtidos através de impostos cobrados na população. Nada mais democrático, portanto, que os representantes eleitos por essa mesma população tenham maior discricionariedade na definição da distribuição do orçamento estatal.<sup>109</sup>

Caso não se adote essa posição democrática, a questão da efetividade e da eficácia do direito à saúde no Brasil será comandada por um ativismo judicial excessivo e ilegítimo. Esse excesso, como ensina Luís Roberto Barroso, é o causador de inúmeras “*decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração Pública ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade*”.<sup>110</sup> Tal fato pode por em risco “*a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos*”.<sup>111</sup> Além disso, a busca da efetivação do direito à saúde somente pela via jurisdicional, acarreta em uma “*concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo*”.<sup>112</sup>

Ao fim, cabe perspicaz lição de Clèmerson Merlin Clève. O constitucionalista, ao defender o papel incessante do Poder Judiciário enquanto órgão comprometido com a construção da dogmática constitucional emancipatória, assevera que “*no universo dos direitos sociais é preciso continuar o esforço doutrinário, superar dogmas e mitos, bem como promover a participação popular*”<sup>113</sup>

<sup>108</sup>CORDEIRO, Marina Leiliane Xavier. *Idem*. p. 89.

<sup>109</sup>LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Idem*. p. 123.

<sup>110</sup>BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade... *Op. Cit.* p. 876

<sup>111</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Idem. Ibidem*.

<sup>112</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Idem. Ibidem*.

<sup>113</sup>CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.* p. 108.

## 5. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *In*: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Orgs.) **Processo civil coletivo**. p. 504-527. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. Governo, políticas públicas e o cidadão. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Año XXXIV, nº 408, p. 97-101, sept. 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. v. 12. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In*: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BLIACHERIENE, Ana Carla *et al.* Acesso a bens de saúde do SUS pela via judicial. *In: Interesse Público*. ano 13. n. 70. nov./dez. 2011. p. 123-160. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. **Min. Rel. Celso de Mello**. Julgamento: 29-04-2004. *DJ*: 04-05-2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg. no RE 271.286. **Rel. Min. Celso de Mello**. Julgamento: 12-9-2000. *DJ*: 24-11-2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRegPet 1246-1 (SC). **Rel. Min. Celso de Mello**. Julgamento: 31-01-1997. *DJ*: 13-02-1997.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª região). Apelação/Reexame Necessário nº 2006.71.04.002215-3/RS. **Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz**. 3ª T. DJe de 25 de set. de 2008.

BRAZ, Kalini Vasconcelos; MONTENEGRO, Sandra. Efetivação do direito à saúde e concessão de medicamentos via ação judicial. *In: GUEDES, Jefferson Carús; MAYRINK NEIVA, Juliana Sahione. Publicações da Escola da AGU: temas de direito e saúde*. p. 39-56. Brasília: Advocacia Geral da União, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental (Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo)*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. **Para uma dogmática constitucional emancipatória.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CORDEIRO, Marina Leiliane Xavier. O direito à saúde e a atuação do Poder Judiciário: breves considerações. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink. **Publicações da Escola da AGU: temas de direito e saúde.** p. 85-108. Brasília: Advocacia Geral da União, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério,** 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: Poder Congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo.** São Paulo: Editora RT, 1994.

HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade dos direitos sociais para além do mínimo existencial.** Artigo apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina "Crítica do Direito Constitucional Moderno", ministrada pelo Prof. Dr. Titular Clèmerson Merlin Clève no 2º semestre de 2011, no Curso de Doutorado do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais:** uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. *In: Interesse Público*. ano 12. n. 64. p. 105-130. nov./dez. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NICOLADI, Muriel Clève. A atuação do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental prestacional à saúde. *In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.)*. **Jurisdição e Questões Controvertidas de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NUNES, António José Avelas. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2003.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde**: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial. Defesa em: 15.03.2013. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2013.

\_\_\_\_\_. Tutela judicial do direito fundamental à saúde: interpretando a Constituição a partir do projeto democrático brasileiro. *In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.)*. **Jurisdição e Questões Controvertidas de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013.

SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *In: BARUFFI, Helder (Org.)*. **Direitos fundamentais sociais**: Estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. p. 167-216. Dourados: UFGD, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. *In: Interesse Público*. ano 3. n. 12. out./dez. p. 91-107. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétras”. *In: Interesse Público*. ano 5. n. 17. jan./fev. p. 56-74. Porto Alegre: Notadez, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Oziel Francisco de. **A efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário**: uma breve análise. São Paulo: All Print Editora, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.) Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.