

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
OS LIMITES PARA A SUA CONCRETIZAÇÃO E O PODER
JUDICIÁRIO**

Brasília - DF

2012

ALESSANDRA CRISTINA DE OLIVEIRA DIAS

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:
OS LIMITES PARA A SUA CONCRETIZAÇÃO E O PODER
JUDICIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós Graduação
Latu Sensu em Direito Constitucional do Instituto
Brasiliense de Direito Público, como requisito
obrigatório para a obtenção do grau de Especialista
em Direito Constitucional.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental e, por conseguinte, um direito constitucionalmente garantido pelo Poder Público. Primeiramente, será dado um enfoque geral sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, tornando-se possível definir, a partir dessa percepção, seu conceito, suas finalidades, suas características e sua classificação, bem como sua positivação e o surgimento dos direitos sociais, caracterizados pela crescente conscientização mundial sobre a proteção e a efetivação de todos os direitos fundamentais, para que se possa alcançar o verdadeiro significado da cidadania. Assentadas essas premissas, o trabalho foi dividido em três etapas. A primeira tem como objeto o estudo analítico do *direito à saúde*, cuja temática é de extrema importância, seja do ponto de vista da realidade social, seja do ponto de vista da teoria constitucional, pois quando se afere o direito à saúde como um direito social, coaduna-se, em contrapartida, uma exigência de atuação positiva do Poder Público. A segunda etapa consiste em explanar a problemática que envolve, sob o aspecto sócio-econômico do Estado, os pontos que realmente podem ser considerados como efetivos limites à realização dos direitos sociais. Dentro dessa perspectiva, observar-se-á que a concretização do direito à saúde, no que se refere às prestações materiais, encontra seu limite de efetivação na chamada “*reserva do possível*”, cuja análise será detalhadamente demonstrada através de abordagens doutrinárias e jurisprudenciais consagradas em nosso ordenamento jurídico. Por fim, na última etapa serão expandidas considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do Papel do Judiciário, sua legitimidade para intervir, no que concerne à imposição – com espeque no direito à saúde como direito fundamental social de prestação – nas condutas do Estado.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Direito Social. Direito à Saúde. Reserva do Possível. Poder Judiciário.

S U M Á R I O

CAPÍTULO 1 - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.1. Conceito e características dos direitos fundamentais.....	11
1.3. Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	15
CAPÍTULO 2 - DOS DIREITOS SOCIAIS.....	21
2.1. Breves considerações sobre a dignidade da pessoa humana.....	21
2.2. Os direitos sociais entre as dimensões dos direitos fundamentais.....	23
2.3. Objeto dos Direitos Sociais.....	25
2.4. Os Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988.....	26
CAPÍTULO 3 - DO DIREITO À SAÚDE.....	28
3.1. O direito à saúde como direito fundamental.....	28
3.2. Do conceito de saúde ao direito à saúde.....	29
3.3. Contextualização constitucional.....	30
3.4. Considerações gerais sobre o Sistema Único de Saúde - SUS.....	34
CAPÍTULO 4 - A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE.....	38
4.1. A teoria da reserva do possível.....	38
4.2. A reserva do possível como limite à efetividade ao direito à saúde.....	44
CAPÍTULO 5 - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	48
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado com vistas à realização de uma análise, sob a ótica doutrinária, jurisprudencial e de acordo com a legislação que disciplina o direito positivo, acerca da temática referente ao direito à saúde, como um direito fundamental, sob a perspectiva de sua efetivação frente à reserva do financeiramente possível.

Trata-se de uma questão extremamente polêmica e complexa, que enseja farta discussão quanto à sua natureza, fundamentos, classificação dos direitos, bem como a instrumentalização de sua defesa.

Como direito social, a saúde encontra sérias limitações nas lides individuais, surgindo, a partir desse contexto, interessantes debates doutrinários e relevantes orientações jurisprudenciais a respeito.

Este trabalho foi desenvolvido pelo tipo de pesquisa jurídico-dogmática, adotando as técnicas de bibliografia e documentação, utilizando como fontes textos doutrinários disponíveis em livros, revistas especializadas e *internet*, bem como a apresentação de precedentes relativos ao direito à saúde, avaliando-se a resposta das decisões jurisprudenciais mais relevantes quanto a sua interpretação e implementação.

Faz-se uma brevíssima digressão histórica acerca dos direitos fundamentais, dos direitos sociais, e também, do princípio da Reserva do Financeiramente Possível, com expressivas considerações acerca do papel do Poder Judiciário, atuando como órgão legislador, com vistas à efetivação da garantia fundamental à saúde aos cidadãos.

CAPÍTULO 1 - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Conceito e características dos direitos fundamentais

Inicialmente é preciso estabelecer-se, por questões metodológicas, uma terminologia uniforme. Em que pese seja passível de muito respeito o tema ora em análise, a verdade é que a questão, no âmbito da doutrina, além de grandiosa, é, por vezes, confusa e divergente.

Numa visão nata, não há diferenças entre as expressões *direitos fundamentais*, *direitos do homem*, *direitos humanos* e *direitos públicos subjetivos*. Porém, em sentido estrito, tais expressões são empregadas diferentemente.

É por essa razão que o ilustre Professor José Afonso da Silva, ao discorrer sobre esse assunto, nos esclarece que:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Direitos naturais dizem-se por se entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem; direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem. Não se aceita mais com tanta facilidade a tese de que tais direitos sejam naturais, provenientes da razão humana ou da natureza das coisas. São *direitos positivos*, que encontram seu fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico [...].

Direitos humanos é expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia *direitos do homem*, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos [...].

Direitos individuais dizem-se os direitos do indivíduo isolado. Ressumbra *individualismo* que fundamentou o aparecimento das declarações do século XVIII. É terminologia que a doutrina tende a desprezar cada vez mais. Contudo, é ainda empregada para denotar um grupo dos direitos fundamentais, correspondente ao que se tem denominado direitos civis ou liberdades civis. É usada na Constituição para exprimir o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Direitos públicos subjetivos constituem um conceito técnico-jurídico do Estado liberal, preso, como a expressão ‘direitos individuais’, à concepção individualista do homem; por isso também se tornara insuficiente para caracterizar os direitos fundamentais. [...].

Liberdades fundamentais e *liberdades públicas* são também expressões usadas para exprimir direitos fundamentais. São conceitos limitativos e insuficientes [...].

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. [...].¹ [grifos nossos]

Diante disso, mister se faz, por oportuno, analisar a distinção entre direitos e garantias individuais. A expressão “direitos e garantias fundamentais”, localizada no Título II da Constituição Federal de 1988, deixa nítida a existência de institutos diferenciados. São expressões que demonstram significados com sentidos próprios.

Para Pedro Lenza, “os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”².

Ratificando tal entendimento, resulta claro que o **direito** é um instituto de caráter declaratório que imprime a existência de um direito reconhecido, como estabelece, por exemplo, o que está disposto no art. 5º, IV da CF/88: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”³.

Por sua vez, a **garantia** traz disposições assecuratórias que garantem o exercício dos direitos e, ao mesmo tempo, limitam os poderes do Estado, como bem exprime o art. 5º, V, da CF/88: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”⁴.

1.2. As gerações de Direito Fundamental

Inicialmente, cabe formular um conceito, o mais amplo possível, acerca do que constituem os direitos fundamentais. Nesse sentido, vale apresentar a visão de Jorge Miranda (1998, p. 7) sobre o tema:

“Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed., rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 52, de 8.3.2006). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175-178.

² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007, p. 695.

³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 126.

⁴ Idem, p. 126.

institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.*”

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais começaram a assumir posição de relevo no momento em que foi invertida a tradicional relação vigente, até o fim do absolutismo, entre estado e indivíduo. A partir de quando se reconhece que o indivíduo tem, em primeiro lugar, direitos e, em seguida, deveres perante o Estado e é que se pode falar, sob o aspecto material, na existência de direitos fundamentais. O surgimento de tal conceito pode ser vinculado ao nascimento das constituições e, por conseguinte, ao ocaso dos estados absolutistas e ao nascimento das sociedades “liberais” sob o ponto de vista político.

Tal reconhecimento dos direitos fundamentais ocorreu em fases, que a doutrina consolida em até quatro gerações.

Os direitos de primeira geração são aqueles atinentes à liberdade. Tratam-se de direitos civis e políticos, cujo reconhecimento coincidiu com o nascimento do constitucionalismo no ocidente. Tais direitos têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis em face do Estado. Configuram-se, no dizer de Bonavides (1997, p. 517) como direitos de resistência ou de oposição perante o estado. É a defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante os poderes deste estado. O nascimento desses direitos corresponde à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente.

Caracterizam-se os direitos dessa primeira geração, ainda segundo Bonavides, por serem oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentando uma subjetividade que é seu traço mais característico. Segundo Canotilho (2002, p. 405), tais direitos cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

- a) “constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual;
- b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.

Já os direitos de segunda geração, ou de igualdade, são aqueles atinentes a aspectos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos de coletivos ou de coletividades. Foram introduzidos no constitucionalismo após terem germinado por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.

Ainda segundo Bonavides (1997, p. 518), os direitos fundamentais de segunda geração passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade em virtude de sua natureza de direitos que exigiam do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar sendo revertida desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de segunda geração representam, em regra, o que Canotilho (2002, p. 406) denomina de “direitos a prestações”. Tais direitos, segundo esse autor, significam, em sentido estrito, “direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)”. Tal critério, no entanto, não se apresenta absoluto, como será oportunamente discutido.

Os direitos de terceira geração, ou de fraternidade, são aqueles referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação (Bonavides, 1997, p. 523). Tais direitos não possuem *numerus clausus*, tendo o espectro aberto para a incorporação de novos direitos.

Vale mencionar, como resumo das características das três gerações anteriormente citadas, o voto do Ministro Celso de Mello, relator do MS 22.164, *verbis*:

“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.”

Manoel Gonçalves Ferreira Filho sinteticamente, conclui, que, “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade; a segunda, dos direitos de igualdade; e a terceira, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”¹.

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57.

Por fim, os direitos de quarta geração são aqueles derivados da globalização política na esfera da normatividade jurídica. Consubstanciam-se no direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Ainda segundo Bonavides, deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. Vale destacar que Sarlet (2005, p. 59) afirma que esta tendência em se reconhecer a quarta dimensão de direitos fundamentais ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas.

1.3. Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

A Carta Política de 1988 trouxe, em seu conteúdo, um regime político democrático que consolidou, ao longo de seu texto, a proteção a inúmeros direitos e garantias fundamentais. Sob esse prisma, a correta asserção de Érica Pessanha que, ao examinar o tema em análise, expendeu as seguintes considerações:

Em termos topográficos, basicamente, os direitos fundamentais estão inseridos no título II da atual Constituição, englobando o art. 5º (dos direitos e deveres individuais e coletivos), do art. 6º ao 11 (dos direitos sociais), o art. 12 e 13 (da nacionalidade), do art. 14 ao 16 (dos direitos políticos) e o art. 17 (dos partidos políticos).

No entanto, os direitos fundamentais não se resumem aos enumerados neste título, uma vez que o parágrafo 2º do art. 5º adota um conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais. Assim, também é possível extrair direitos fundamentais de outras partes do texto constitucional, de tratados e também decorrentes do regime dos princípios adotados pela Constituição.¹

A Carta Política de 1988 trata dos direitos fundamentais em seu Título II. Porém, ao invés de dividi-los em 3 (três) categorias, conforme a classificação doutrinária, fez a divisão em 5 (cinco) categorias:

- a) direitos individuais e coletivos (Capítulo I);
- b) direitos sociais (Capítulo II);
- c) direitos de nacionalidade (Capítulo III);
- d) direitos políticos (Capítulo IV) e
- e) direitos relacionados à organização e participação em partidos políticos (Capítulo V).

¹ PESSANHA, Érica. *A eficácia dos direitos sociais prestacionais*. In Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, n. 8, Junho de 2006, p. 304.

Para nossa análise, interessa identificar, entre os direitos fundamentais, aqueles que necessitam de prestações materiais, ou seja, uma intervenção 'positiva' por parte do Estado para que sejam implementados. Para atingir esse objetivo, é necessário definir com clareza o conteúdo dos direitos fundamentais sociais.

Na Constituição vigente, segundo Sarlet (2001) os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, de modo especial no capítulo dos direitos sociais. Além disso, verifica-se que, mesmo em outras partes do texto constitucional, inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais, se encontra uma variada gama de direitos a prestações. Neste contexto, vale ressaltar os exemplos do art. 17, § 3º, da CF (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do art. 5º, incisos XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita), para se possa perceber que até mesmo entre os direitos políticos e direitos individuais pode-se encontrar direitos fundamentais que demandem uma função prestacional.

De acordo com a tradição de nossa doutrina, conforme aponta Sarlet (2001, p. 17), os direitos fundamentais sociais têm sido compreendidos como direitos a prestações estatais. Tais direitos passaram a ser vistos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, já que têm como objetivo fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades. Nesse sentido, para a realização dos direitos fundamentais sociais é indispensável uma postura ativa do Estado.

Dessa forma, é por meio dos direitos sociais que se objetiva atingir uma liberdade tendencialmente igual para todos, o que apenas pode ser alcançado com a superação das desigualdades. Sarlet (2001, p. 22) observa que os direitos sociais a prestações, por almejarem a igualdade real, cumprem a função de promover a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais, os quais atuam como fatores impeditivos da liberdade real. Dessa forma, tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais a prestações se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas poderá ser plenamente realizada com uma maior liberdade para todos e com menos privilégios. No entanto, vale destacar que os direitos fundamentais sociais na nossa Constituição não formam um conjunto homogêneo, e também não podem ser definidos restritivamente como direitos a prestações estatais.

Sarlet (2001, p. 18) frisa o fato de não serem os direitos fundamentais sociais identificados somente como direitos a prestação. Consoante afirma, “não há como desconsiderar a evidência de que a conceituação dos direitos fundamentais sociais como direitos a prestações estatais – ao menos do ponto de vista de nosso direito constitucional

positivo – é manifestamente equivocada”. Ressalta que nem todos os direitos a prestações são direitos sociais, assim como também não se limitam a uma dimensão prestacional. Afirmar que vários direitos fundamentais sociais não constituem tipicamente direitos a prestações, estando mais próximos ao grupo dos direitos de defesa, como ocorre com o direito de greve (art. 9º, da CF), a liberdade de associação sindical (art. 8º, da CF), e as proibições contra discriminações nas relações trabalhistas consagradas no art. 7º, incisos XXXI e XXXII, de nossa Lei Fundamental. Tal concepção do autor é explicada da seguinte forma (2001, p. 19):

“Os direitos sociais a prestações, por sua vez (direitos de cunho positivo), que não esgotam o grupo dos direitos prestacionais, já que excluem os direitos a prestações em sentido amplo (integrantes de um “status positivus libertatis”), compõem o grupo dos direitos a prestações em sentido estrito, formando o que oportunamente já se chamou de “status positivus socialis”. Podendo ser considerados (também) como fatores de implementação da justiça social, por se encontrarem vinculados à obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana, percebe-se, desde logo, que os direitos sociais prestacionais (positivos) constituem expressão direta do Estado Social e, portanto, produto, complemento e limite do Estado liberal de Direito e dos direitos de defesa, especialmente dos clássicos direitos de liberdade de matriz liberal-burguesa. Os direitos sociais (na sua dimensão prestacional) encontram-se, neste contexto, intimamente atrelados às tarefas do Estado como Estado Social, o qual justamente deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes. É por esta razão que se justifica a opção por excluir do âmbito dos direitos sociais a prestações (direitos prestacionais em sentido estrito, portanto) os direitos a prestações em sentido amplo, que, apesar de sua dimensão positiva, dizem respeito principalmente às funções tradicionais do Estado de Direito.”

O mencionado autor aponta (2001, p.19) que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada “poderia partir – na esteira de Alexy e Canotilho – da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica)”. No que se refere ao segundo grupo, Sarlet acrescenta que se divide “em dois subgrupos, quais sejam, os direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito”.

Com essa classificação, Sarlet tenta demonstrar que os direitos a prestações não estão restritos aos chamados direitos sociais, entendidos como direitos a prestações fáticas, englobando também os direitos à proteção e direitos à participação. Dessa forma, conforme o seu objeto, pode-se distinguir os direitos a prestações em direitos a prestações materiais ou fáticas e direitos a prestações normativas ou jurídicas.

Pode-se, portanto, concluir pela existência de um conjunto de direitos a prestações em sentido amplo, que são os direitos à proteção e participação na organização e no procedimento, os quais colocam o Estado na condição de garante da liberdade e igualdade, e outro de direitos a prestações em sentido estrito, consubstanciados nos direitos a prestações sociais materiais, vinculados prioritariamente às funções do estado social.

Sarlet (2001, p. 16) também aponta para outra classificação, qual seja, a que divide os direitos a prestações em direitos derivados e direitos originários. Tal classificação alcança tanto os direitos prestacionais em sentido amplo quanto em sentido restrito. O autor afirma que sob a rubrica de direitos derivados a prestações, compreendem-se, em síntese, de acordo com a formulação de Gomes Canotilho, tanto o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelos poderes públicos, quanto o direito de igual participação nas prestações que estas instituições dispensam à comunidade.

Quanto aos direitos originários a prestações, o referido autor (2001, p.16) define-os como “direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta destes bens e/ou serviços por parte do Estado”. Tais direitos podem, portanto, ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram.

No que tange aos direitos derivados a prestações, são eles concretizados com base e na medida da lei concretizadora. Sarlet ressalta que, em favor de uma necessária concretização pelo legislador ordinário, situa-se o argumento de que, em virtude de sua relevância econômico-financeira e de sua colocação sob uma “reserva do possível”, a decisão em favor da definição do objeto da prestação e de sua realização, ainda mais no âmbito da aplicação de recursos públicos, incumbe aos órgãos políticos legitimados para tanto, cuidando-se, portanto, de um problema atinente à competência, razão pela qual há quem sustente que ao Poder Judiciário falta a capacidade funcional necessária para resolver o problema no âmbito estrito da argumentação jurídica.

Quanto ao tema, Canotilho (2002, p. 406) aponta alguns problemas a serem resolvidos quando se estudam os direitos fundamentais que ensejam prestações por parte do Estado. Acrescenta que a função de prestação dos direitos fundamentais está associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais, quais sejam:

1. “ao problema dos **direitos sociais originários**, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex: derivar da norma consagrada do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida do 'direito de exigir' uma casa)”;

2. “ao problema dos **direitos sociais derivados** que se reconduz ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das 'normas constitucionais sociais' (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador”;
3. “ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais tem uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjetivos ou pretensões subjetivas dos indivíduos) a **políticas sociais ativas** conducentes à criação de instituições (ex: hospitais, escolas), serviços (ex.: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex.: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas).

Para Canotilho (2002, p. 554), pode-se concluir pela existência de direitos originários a prestações quando, a partir da garantia constitucional de certos direitos se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado de criar os pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Vale registrar que a 2ª Turma do STF, no julgamento do Agravo Regimental nº 410.715, como será melhor analisado adiante, reconheceu ser o direito à educação pré-escolar um direito originário, que independe de norma regulamentadora para que possa ser exigido.

Já segundo Robert Alexy (Theorie der Grundrechte, pp. 465-66. apud Sarlet, 2001, p. 36), poder-se-á reconhecer um direito subjetivo originário a prestações nas seguintes circunstâncias:

- a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática;
- b) quando o princípio da separação de poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros), forem atingidos de forma relativamente diminuta.

Para Alexy, tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde. Dessa forma, para esse autor o 'mínimo existencial' consistiria em um direito fundamental originário.

A partir do exposto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais, na nossa Constituição, não formam um conjunto homogêneo, não se podendo restringi-los aos direitos a prestações estatais. Tal fato decorre basicamente do objeto diferenciado dos direitos sociais, que abrangem tanto direitos a prestações como direitos de defesa. Além disso, tais direitos assumem feições distintas no que concerne à problemática da eficácia e efetividade. Essa falta de homogeneidade também pode ser notada no fato de os direitos sociais não se limitarem aos expressamente positivados no

catálogo constitucional, tendo em vista que, à luz do disposto no art. 5º, § 2º, da nossa Constituição, pode-se defender tanto a existência de direitos não escritos (ou direitos fundamentais materiais, implícitos e decorrentes do regime e dos princípios), quanto de direitos sociais positivados em tratados internacionais e, principalmente, localizados em outras partes do texto constitucional, especialmente na ordem social.

A denominação de direitos fundamentais sociais, consoante Sarlet (2001) encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. Neste sentido, pode-se conceituar os direitos fundamentais sociais – seguindo a lição de Jorge Miranda (1998) – como direitos à libertação da opressão social e da necessidade.

É relevante notar que grande parte dos direitos sociais prestacionais tem por objeto ações do Estado diretamente vinculadas à criação, destinação, distribuição e redistribuição de serviços e bens materiais. Nesse sentido, deve-se atentar para sua dimensão economicamente relevante. Os direitos sociais prestacionais em sentido estrito, quando não classificados como direitos fundamentais originários, de acordo com classificação anteriormente exposta, necessitam de uma concretização legislativa. Dependem, além disso, das circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando para o legislador indispensável liberdade de conformação na sua atividade concretizadora. É por esta razão que os direitos sociais a prestações costumam ser considerados como sendo de cunho eminentemente programático, ao menos aqueles que se pode classificar de “derivados”. No entanto, há que se observar a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, na forma como determinada pelo Art. 5º, § 1º da Constituição. Tal dispositivo será a seguir analisado.

CAPÍTULO 2 - DOS DIREITOS SOCIAIS

Os Direitos Sociais são direitos adquiridos para aqueles que preenchem os requisitos de sua obtenção e para os que os tenha exercido. A igualdade, fundamento dos direitos sociais, impulsionou a noção de universalidade dos direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, embora tenha assegurado os direitos individuais, deu ênfase aos direitos sociais, dando à dignidade da pessoa humana e à igualdade o patamar superior da hierarquia dos direitos.

Assim, partindo desse silogismo, este Capítulo tem o intuito de discorrer algumas considerações básicas, porém fundamentais, sobre os direitos sociais. Veremos que os direitos sociais, apesar de serem disciplinados na forma da Constituição e apresentarem seu regime jurídico no art. 6º da CF/88, estão também contidos na Ordem Social, situada no Título VIII da Lei Maior.

2.1. Breves considerações sobre a dignidade da pessoa humana

Antes de adentrar ao exame dos direitos sociais, mister se faz uma análise do conceito de dignidade da pessoa humana, à qual servem esses direitos, constituindo-se, por isso mesmo, em seu ponto essencial.

Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet, temos que:

[...] a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹

Sob tal perspectiva, é possível extrair o entendimento de que, mesmo considerando a dignidade da pessoa humana como uma qualidade peculiar ao ser humano, existe a possibilidade de a sociedade e o Estado transgredi-la ou promovê-la. Cite-se, a título de exemplo, o caso do Estado permanecer totalmente inerte diante de uma situação de absoluta

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10.02.2008.

miséria em que se encontra o seu povo, privando sua população de exercer qualquer tipo de dignidade.

Devemos entender, a propósito de tal questão, que não há o reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes ao cidadão. Na verdade, o que se faz é negar a esse cidadão a sua própria dignidade. Nesse contexto, os direitos fundamentais realizam, através de uma ordem jurídico-constitucional, a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, pois essa dignidade representa o valor máximo de toda a ordem jurídica.

E, sob o prisma da dignidade humana, nossa vigente Lei Maior assim se pronuncia:

TÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

Art. 4º **A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:**

II - prevalência dos direitos humanos;

[...]

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º)

CAPÍTULO II

Dos Direitos Sociais (arts. 6º a 11)

CAPÍTULO III

Da Nacionalidade (arts. 12 e 13)

CAPÍTULO IV

Dos Direitos Políticos (arts. 14 a 16)

CAPÍTULO V

Dos Partidos Políticos (arts. 17).¹ [grifo apostro]

Da interpretação sistemática de nossa Carta Política, compreende-se que a dignidade da pessoa humana está inscrita no Título I, que trata dos princípios fundamentais, quer como fundamento do Estado brasileiro, quer como princípio nas suas relações internacionais. E, somente em momento posterior, no Título II, concebeu-se cinco capítulos acerca dos direitos e garantias fundamentais.

¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Op. cit.**, p. 117; 122; 126-192.

Na verdade, os direitos fundamentais não estão somente localizados no art. 5º; encontram-se dispersos por todo seu conteúdo, em tratados internacionais e, até, implicitamente em seu conjunto.

Significante concluir-se, por derradeiro, que a dignidade da pessoa humana corresponde a um segmento de interpretação à aplicação dos direitos fundamentais, ou seja, constitucionalmente essa dignidade humana não é um direito fundamental estrito senso, mas, sim, um princípio fundamental, cabendo, ao próprio intérprete, a aplicação da proporcionalidade entre os direitos fundamentais.

2.2. Os direitos sociais entre as dimensões dos direitos fundamentais

Muito se discute acerca do reconhecimento dos direitos sociais em nosso ordenamento jurídico.

Daí a correta lição de Sarlet ao dizer que os direitos sociais “nunca foram objeto de um reconhecimento consensual, além de sempre terem sido tratados, pelos menos predominantemente, de forma diferenciada, especialmente quanto à sua efetivação”¹.

Conforme já mencionado no Capítulo anterior, a segunda geração dos direitos fundamentais tiveram origem no século XIX, em virtude dos graves problemas econômicos e sociais associados ao processo de industrialização.

A par disso, os direitos sociais apresentaram-se como uma dimensão positiva do Estado com o fito de obter um bem estar social, consentindo aos indivíduos, direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como: assistência social, saúde, educação e trabalho.

No século XX, após a Segunda Guerra, esses direitos foram consagrados em várias constituições e tratados internacionais.

Para a doutrina mais tradicional, os direitos sociais – dada sua extrema importância –, que receberam um capítulo específico na Constituição Federal de 1988, são típicos exemplos de direitos de prestação. E esse entendimento está bem corroborado no ensinamento do já citado Professor Ingo Wolfgang Sarlet, para quem:

Os direitos fundamentais a prestações, inobstante possam ser referidos alguns precedentes, ainda que isolados e tímidos, enquadram-se no âmbito dos assim denominados direitos de segunda geração (ou dimensão), correspondendo à evolução do Estado de Direito, na sua matriz liberal-

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Idem**.

burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, consagrando-se apenas neste século, principalmente após a Segunda Guerra Mundial.¹

Desse modo, os direitos sociais correspondem aos direitos que se realizam através do Estado, por intervenção direta, sob a forma de prestações positivas, com a finalidade de se assegurar a igualdade material dos indivíduos tendo presente o acesso a bens relacionados à vida.

José Afonso da Silva manifesta entendimento similar quando enfatiza que:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.²

Como resulta claro do magistério da doutrina, impende-se destacar, neste ponto, a correta compreensão de Érica Pessanha, *in verbis*:

Vale ressaltar que direitos sociais prestacionais referem-se aos direitos sociais que demandam uma prestação material por parte do Estado. Assim, as liberdades sociais, como o direito à greve, por exemplo, não estariam inseridas nesta categoria, pois sua efetivação não está vinculada prioritariamente a uma prestação positiva por parte do Estado. Estão inseridos na categoria de direitos sociais prestacionais, por exemplo, a maioria dos direitos inseridos no art. 6º da CF/88, que assim dispõe: ‘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’.

Outra característica dos direitos sociais é a relevância do conteúdo econômico, pois demandam recursos públicos disponíveis para que sejam concretizados. Para que o Estado assegure o acesso à saúde [...], por exemplo, é necessário que direitos haja recursos financeiros que possibilitem agir. São direitos que estão subjugados à conjuntura econômica.³

Na mesma linha, Marco Maselli Gouvêa opina que:

os direitos sociais, [...], assistiam de modo especial às classes menos favorecidas, objetivando compensar desigualdades ou, ainda, possibilitar o acesso a bens da vida considerados importantes, mas que, em função de contingências econômicas, nem todos poderiam comprar.⁴

Com efeito, pode-se destacar que os direitos sociais consistem em uma convergência do princípio da justiça social e da igualdade material, muito embora a alguns

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*.

² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 286-287.

³ PESSANHA, Érica. *Op. cit.*, p. 309.

⁴ GOUVÊA, Marco Maselli. *Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In *Discricionariedade administrativa*. Coordenação de Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 323.

deles, progressivamente, venha sendo reconhecida a sua devida importância existencial, como por exemplo, os medicamentos essenciais, a educação fundamental, dentre outros.

2.3. Objeto dos Direitos Sociais

Cabe lembrar que os direitos sociais, em virtude de sua própria natureza, evocam do poder político uma demanda de recursos, constatando-se, a partir daí, a preocupação de uma distribuição igualitária dos bens da vida tutelados pelo Estado. Sob este aspecto, verifica-se que esse processo gera fortes pressões ideológicas, que, por sua vez, envolve escolhas de políticas decisivas para a obtenção de uma sociedade justa, livre e solidária.

Andreas J. Krell, entretanto, adverte:

Os direitos fundamentais sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *por meio do* Estado, exigindo do Poder Público, certas prestações materiais. O Estado, por meio de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas ‘políticas sociais’ (educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos. [...]

O art. 6º da Constituição brasileira de 1988 reza que: ‘São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição’.

Bem distanciado dessa norma, o texto da Carta traz um capítulo especial sobre a Ordem Social (título VIII), fazendo com que o jurista deva extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deixando para tratar, nos arts. 190-230, de seus mecanismos e aspectos organizacionais [...].

Vale ressaltar que os direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira estão longe de formarem um ‘grupo homogêneo’ no que diz respeito a seu conteúdo e à forma de sua positivação. O constituinte não seguiu, na sua composição, nenhuma linha ou teoria específica, mas acabou criando um capítulo bastante contraditório no tocante à relação interna dos direitos e garantias. A redação desses artigos tão importantes foi considerada confusa e metodologicamente inadequada.¹

No mesmo sentido é a manifestação de Helena Beatriz Cesarino

Mendes Coelho:

Analisando-se a dimensão positiva destes direitos (que não exclui a dimensão negativa que também ostentam), têm os mesmos por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários das normas), consistente numa prestação de natureza fática. Nesse sentido, os direitos sociais pressupõem seja criada ou posta à disposição a prestação que

¹ KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. In Revista de Informação Legislativa, n. 144, out./dez. 1999, p. 240-241.

constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais ou imateriais. Seu objetivo consiste em garantir os pressupostos materiais para um efetivo gozo das liberdades, por isso que fazem parte do chamado 'status positivus socialis'.¹

É de se observar que a cláusula que prevê os direitos individuais e sociais inseridas em nossa Carta Magna é aberta, pois denota a inesgotabilidade dos Direitos Humanos frente às crescentes e imprevisíveis demandas sociais, econômicas, jurídicas e políticas decorrentes de nossa sociedade contemporânea.

2.4. Os Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988

A Carta Política de 1988, em seu Capítulo II do Título II, cataloga uma série de direitos e de garantias fundamentais de caráter social.

Porém, vale ressaltar, que tal enumeração não é exaustiva e nem circunscrita às disposições dos artigos 6º ao 11. Isso se deve ao fato de existir uma correlação significativa entre determinados direitos preconizados nos arts. 6º e 7º e aqueles disciplinados no Título VIII, sugerindo que o constituinte instituiu um regime jurídico diverso aos mesmos direitos.

Da análise mais apurada da disciplina contida no referido artigo 6º, situado no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, bem se denota que o regime jurídico dos direitos sociais é o que está inserido no Título VIII, da Ordem Social:

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.²

Com isso, demonstra-se que as garantias fundamentais se concretizam na forma do disposto na Ordem Social. E, a par deste contexto, revela-se inquestionável expender as considerações de José Afonso da Silva:

A Constituição de 1988 traz um capítulo próprio dos direitos sociais (capítulo II do título II) e, bem distanciado deste, um título especial, como se os direitos sociais não fossem algo ínsito na ordem social. O art. 6º mostra muito bem que aqueles são conteúdo desta, quando diz que 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'. Esta forma é dada precisamente no título da ordem social. Cindindo-se a matéria, como se fez, o constituinte

¹ COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. *Direitos fundamentais sociais: reserva do possível e controle jurisdicional*. In Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, vol. 30, n. 63, jan./jun. 2006, p. 124-125.

² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 177.

não atendeu aos melhores critérios metodológicos, mas dá ao jurista a possibilidade de extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deles tratando aqui, deixando de tratar, na ordem social, de seus mecanismos e aspectos organizacionais.¹

Percebe-se, do contexto de um tema amplamente discutido pela doutrina, que a saúde, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, a educação e o lazer são subsistemas (com seus próprios princípios fundadores) de um sistema maior que é a Ordem Social. Daí a constatação de que os direitos sociais têm como fundamento primordial a igualdade, sem a qual, os objetivos da Ordem Social (bem estar e justiça) não poderiam ser alcançados.

Em outras palavras, podemos dizer que os direitos sociais, de acordo com a nossa Constituição Federal, são mais que normas programáticas; constituem direitos subjetivos do indivíduo, oponíveis ao Estado que tem o dever de fornecer as prestações diretas e indiretas que a Constituição garante.

Nessa concepção e compartilhando esse posicionamento, José Afonso da Silva opina que:

A Constituição declara que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social. Neste particular, a ordem social se harmoniza com a ordem econômica, já que esta se funda também na valorização do trabalho e tem como fim (objetivo) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].²

Por todos esses aspectos, depreende-se que a efetivação dos direitos sociais, conforme dispõe a Ordem Social contida na nossa Carta Maior, cumpre o preceito da dignidade da pessoa humana – um dos alicerces do Estado Democrático de Direito – e caminha ao alcance dos objetivos fundamentais, visando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Esclarecida essa questão e delimitando o presente estudo unicamente no aspecto positivo e prestacional dos direitos sociais, podemos afirmar que essa categoria de direitos fundamentais possui ampla conexão com o direito de igualdade, valendo como pressuposto de gozo de direitos individuais, na medida em que cria condições materiais favoráveis à aquisição da igualdade real e da própria liberdade.

Assim, os direitos sociais são considerados fatores de implementação da justiça social, uma vez que se encontram vinculados à efetivação de políticas públicas por parte do Estado.

¹ SILVA, José Afonso da. **Op. cit.**, p. 285.

² SILVA, José Afonso da. **Op. cit.**, p. 828.

CAPÍTULO 3 - DO DIREITO À SAÚDE

Um extenso rol de direitos individuais e coletivos, além de outro relativo a direitos sociais, está contido no Título II, Capítulos I e II de nossa Constituição Federal de 1988.

Diz o art. 194 que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os *direitos relativos à saúde*, à previdência e à assistência social”¹.

E, revelada a gigantesca discussão que abrange o tema, o *direito à saúde* será abordado neste Capítulo, de forma a tratar, sinteticamente, os principais pontos sobre a questão.

3.1. O direito à saúde como direito fundamental

Cumprе relembrar que o principal foco deste trabalho é a análise do *direito à saúde* como um direito fundamental, correspondendo-o a um direito social de prestação, em que os menos favorecidos são tutelados por condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade social.

Ao iniciarmos à análise do assunto, cabe fazer referência, preliminarmente, ao relevantíssimo e oportuno comentário de Uadi Lammêgo Bulos acerca do assunto:

A Constituição de 1988, pela primeira vez na história brasileira, elevou a saúde à condição de direito fundamental. Seguiu o exemplo da pioneira Carta italiana de 1948 (art. 32) e do Texto português de 1976 (art. 64). Aliás, esses dois diplomas supremos foram acompanhados, nesse particular, pelas Constituições da Espanha (art. 43) e da Guatemala (arts. 93 a 100). Isso revela a preocupação de se constitucionalizar a saúde, vinculando-a à seguridade social, pois os constituintes compreenderam que a vida humana é o bem supremo que merece amparo na Lei Maior. Por isso, o estado de hígidez do indivíduo passou a ser um ponto de destaque nas constituições hodiernas.²

A noção de que a saúde constitui um direito humano e fundamental, passível de proteção e tutela pelo Estado, é consequência de uma extensa evolução na concepção não apenas do direito em si, mas também, da própria idéia do que seja a saúde, em si mesma considerada.

¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Op. cit.**, p. 363.

² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1338.

3.2. Do conceito de saúde ao direito à saúde

O vocábulo “saúde”, de acordo com o Dicionário Aurélio Eletrônico significa o “estado do indivíduo cujas funções orgânicas, físicas e mentais se acham em situação normal; estado do que é sadio ou são”¹.

No mesmo entender, a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem e, não apenas, a ausência de afecções e doenças, conforme explica Euclides Benedito de Oliveira:

Entende-se por saúde da pessoa não apenas o equilíbrio somato-psíquico, definido pelos romanos sob o aforisma *mens sana in corpore sano*. Também não se trata simplesmente de ausência de doença. O conceito mais abrangente, preciso e objetivo é dado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), no preâmbulo de sua constituição, datada de 26 de julho de 1946, ao considerar saúde como ‘o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social’.

Significa dizer que se reconhece sadia e saudável não apenas a pessoa que se apresenta em perfeitas condições de higidez física e mental, mas aquela que se acha integrada na convivência social, como elemento participante e receptivo dos benefícios da vida comunitária.²

Como se observa, é significativamente ampla a abrangência conceitual no que diz respeito à saúde e consideravelmente profunda sua área de ação.

Da concepção de José Afonso da Silva depreende-se que:

O QUE É SAÚDE? Não há de ser simplesmente a ausência de doença. Há de ser também o gozo de uma boa qualidade de vida. Não se trata apenas de assistência médica, ambulatorial, hospitalar. Vai muito além disso, porque envolve ações governamentais destinadas a criar ambiente sanitário saudável. Por isso mesmo a Constituição submete o direito à saúde ao conceito de Seguridade Social – o que inclui no campo da proteção social. A leitura do art. 196 mostra que a concepção de saúde adotada não é a simplesmente curativa, aquela que visa a restabelecer um estado saudável após a enfermidade; mas a prestação social, no campo da saúde, volta-se especialmente para os aspectos da prevenção, e não da Medicina curativa. Essa é a grande importância das normas constitucionais sobre a saúde, para além, mesmo, de outras Constituições.³

Trata-se de um direito da pessoa humana, resultante do direito à vida. E, referindo-se como um direito fundamental das pessoas, a saúde deve merecer proteção

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico – séc. XXI*. Rio de Janeiro: Lexikon Informática Ltda., 1999, versão 3.0, CD-ROM.

² OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito à saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário – The right to health*. In Revista de Direito Sanitário. *Journal of health law*. Vol. 2, n. 3, Novembro de 2001, p. 37.

³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 52 de 8.3.2006 (DOU 9.3.2006). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 767.

integral por parte do Estado, mediante assistência que assegure a efetividade daquele direito em todos os planos, sejam preventivos, de manutenção e de recuperação.

Do presente estudo, cinge-se à análise de tratar-se de um direito constitucional de todos, implicando em uma obrigação do Estado em oferecer este direito à sua população, e da mesma forma, o dever de garantir, através de políticas públicas, que esta prestação seja considerada plenamente eficaz.

Ainda José Afonso da Silva, de forma expressa, aduz que:

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam.

As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização.¹

Revela-se, a par do exposto, um fazer por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar um direito subjetivo de todos quantos necessitarem, não constituindo apenas ações de distinção.

3.3. Contextualização constitucional

O direito à saúde, previsto no artigo 6º da CF/88, é um direito consectário à vida, e está intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana.

Em consonância com tal dispositivo constitucional é possível afirmar-se que o direito à saúde faz parte do rol de direitos fundamentais, isto é, àqueles inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, cuja finalidade é a garantia dos direitos sem os quais não se consegue levar uma vida digna, à altura do ser humano.

Importante destacar que nossa Carta Política, também trata a saúde nos artigos 196 a 200, estabelecendo que seja um direito de todos e dever do Estado, independentemente de filiação e de contribuição para o seu custeio. O sujeito de direitos deve preencher as condições previstas em lei, que variam de acordo com a necessidade e o tipo de prestação, para fazer jus a benefícios ou serviços.

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 831.

Acerca disso, Guilherme Beux Nassif Azem, é categórico ao afirmar que:

O direito à saúde, previsto no art. 6º da CF/88, é corolário do direito à vida, ligando-se, de modo inarredável, à dignidade da pessoa humana. De acordo com o art. 196 da Carta da República, ‘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’.¹

O amplo direito constante no artigo 196, da CF/88, portanto, assegura a redução do risco de doença e de outros agravos, garantindo não só o acesso universal e igualitário às ações e serviços, mas, também, tratamento curativo de promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como ações preventivas de reabilitação.

Por sua vez, o artigo 197, dispõe serem de relevância pública as ações e serviços de saúde, sendo de competência do Poder Público, nos termos da lei, a disposição sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros, e, ainda, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Observe-se, a par dessa contextualização constitucional, que a nossa Lei Maior deu relevância pública às ações e serviços de saúde, para acentuar o compromisso que o País deve ter com a saúde de sua população.

Aqui, falar em proteção é falar em políticas públicas sociais e econômicas destinadas a reduzir o risco “doença” e outros agravos, de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, cumprindo-se, por conseguinte, o princípio da universalidade da cobertura de atendimento. E, no que diz respeito à prevenção do risco “doença” e de outros agravos, parte-se do pressuposto de que tal ação está inserida na etapa de promoção do direito à saúde, onde podemos citar como exemplos, as campanhas preventivas de contaminação pelo vírus do HIV, de doenças endêmicas, de vacinação, etc.

Notadamente, a Constituição Federal de 1988, é bem expressiva ao disciplinar que a saúde é um direito constitucional de todos e dever do Estado – no sentido amplo do Poder Público, sendo assegurado mediante a adoção de políticas públicas, com a garantia do acesso universal igualitário às ações e serviços.

Perfilhando esse entendimento, são as palavras de Luiz Cietto:

Este amplo e compreensivo conceito estabelece, desde logo, um compromisso com o princípio da universalidade da prestação dos serviços e ações, e mais, sob os auspícios e responsabilidade estatais. No plano discursivo, o Estado assume os riscos em prol da cidadania e do

¹ AZEM, Guilherme Beux Nassif. *Direito à saúde e comprovação da hipossuficiência. Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Coordenação de Araken de Assis. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 13.

reconhecimento da saúde como direito social. No campo das realidades fáticas, e diante da frieza assustadora do espectro das possibilidades, seria o caso de se indagar: este dispositivo é viável ou constitui mera utopia?¹

Tem-se destacado que a concretização dos direitos sociais está sob a égide da “reserva do possível”. De nada adianta um texto constitucional estender-se na proclamação de diversos direitos sociais, se inexistem recursos para a sua realização.

Sob esse ponto de vista, compreende-se que mesmo que se tenha uma norma jurídica proclamada constitucionalmente, sua real efetividade só se dará se presentes as condições fáticas e jurídicas capazes de conferir esta eficácia.

Importante registrar que o Supremo Tribunal Federal, em notório julgado, assentou, a propósito do tema, posição no sentido de considerar o direito subjetivo à saúde uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todos pela própria Carta Magna, conforme se depreende da decisão do eminente Relator:

Paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - Dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, *caput*, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de agravo improvido.

O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu

¹ CIETTO, Luiz. *Proteção dos direitos humanos e o direito à saúde*. In Revista Jurídica. Vol. 18, n. 2. Campinas, 2002, p. 140.

impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.¹ [grifo apostro]

Com muita maestria, Cíntia Lucena identifica-se com a idéia acima descrita, quando assim se manifesta:

[...] o princípio maior em que se encerra o postulado do direito à saúde, como direito fundamental advém da própria Constituição Federal, ao definir em seu art. 6º que: ‘São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição’.

A Constituição do Estado de Minas Gerais, a exemplo da Federal, circunscreveu o dever do Estado à promoção da saúde, mediante políticas públicas sociais e econômicas, com dignidade, gratuidade e boa qualidade *ex vi* do art. 186, III. Dispõe, ainda, juntamente com a União e o Município, ‘cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia do portador de deficiências’. (art. 11, inc. II, CE).

Também, com berço na Constituição Federal, cabe ao Município ‘prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população’ (art. 30, VII).²

Temos, além disso, outros dispositivos situados dentro do contexto de nossa Carta Magna que também impõem ao Estado, obrigações inseridas nesse campo, como o art. 23, II, que estabelece ser de competência comum dos entes federados “cuidar da saúde”; e o art. 24, XII, que inclui no âmbito de sua competência concorrente a legislação sobre “proteção e defesa da saúde”.

Cumpra ter presente, ainda, nessa perspectiva, que o direito à saúde, por ser considerado um direito subjetivo, resulta que ao Estado compete socorrer todos os que se encontrem em situação de ameaça de dano ou de dano consumado à sua saúde.

Ressalte-se, porém, que o dever do Estado não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.080/1990).

¹ STF. RE 271.286/RS-AgR – Relator Ministro Celso de Mello – Segunda Turma – julgado em 12.09.2000 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, v. 175, p. 1212/1213.

² LUCENA, Cíntia. *Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo*. In O direito à vida digna. Coordenação de Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 260.

Um outro ponto relevante a se destacar, é que, não havendo distinção no texto constitucional, a proteção abrange a saúde física e mental, estabelecendo-se uma garantia das pessoas e da coletividade às condições de bem-estar físico, mental e social.

3.4. Considerações gerais sobre o Sistema Único de Saúde - SUS

A Lei n. 8.080/90, de 19 de setembro de 1990, conhecida também como Lei Orgânica da Saúde (LOS), dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

A referida lei criou o Sistema Único de Saúde – SUS, que, por sua vez, já havia sido estabelecido pela Constituição Federal de 1988, tendo como objetivo garantir o acesso à saúde a todos os brasileiros.

O SUS, como é vulgarmente conhecido, é um sistema e como tal deve ser entendido como “disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada”¹.

Impende-se registrar, como bem reforça a orientação de Mariana Filchtiner Figueiredo, as considerações acerca do tema:

O SUS é um sistema político e nacional, baseado no princípio da universalidade, a indicar que a assistência à saúde deve atender a toda população. Tem como diretrizes organizativas a descentralização, com comando único em cada esfera governamental; a integralidade do atendimento e a participação da comunidade. A Lei nº 8.080/90 dispôs sobre as condições, a organização das ações e o funcionamento dos serviços de saúde, tendentes à realização da promoção, proteção e recuperação da saúde. Esse diploma prescreve normas sobre: (a) organização, direção e gestão do SUS; (b) competências e atribuições de cada uma das três esferas federativas; (c) funcionamento e participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde; (d) política de recursos humanos a ser adotada pelo SUS; (e) recursos financeiros, incluindo a respectiva gestão, planejamento e orçamento destes.²

Para a Lei Orgânica da Saúde, o SUS corresponde ao conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e de fundações mantidas pelo Poder Público, conforme o que está disposto em seu art. 4º.

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Op. cit.**

² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 97.

Extremamente esclarecedora, ainda, a lição de Euclides Benedito de Oliveira, que assim se manifestou sobre o surgimento do SUS:

A regulamentação federal da matéria consta de uma série de normas legais, decretos, resoluções e portarias, a partir do texto básico da Lei 8.080/90, que veio a ser apelidada de ‘Lei Orgânica da Saúde’, pela abrangência do seu conteúdo normativo.

Referida lei dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), previsto no artigo 198 da Constituição Federal, dando-lhe a necessária implementação para funcionamento garantidor da proteção à saúde. Seu artigo 2º reafirma o preceito constitucional de que ‘a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício’.

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

Estão aí presentes, portanto, os objetivos de um sistema protetivo integrado, que se aparelhe com medidas preventivas, protetivas e recuperatórias, visando a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Para tanto é que se ordenou o citado ‘Sistema Único de Saúde’, como um conjunto de ações e serviços sanitários a cargo de órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Direta e Indireta e de fundações mantidas pelo Poder Público (artigo 4º).¹

Assim, é que a CF/88, em seu artigo 198, estabeleceu o Sistema Único de Saúde, determinando que as ações e serviços públicos de saúde integrem uma rede regionalizada e hierarquizada. Daí o motivo de os serviços executados pelo SUS, diretamente ou com a participação complementar da iniciativa privada, serem organizados de forma regionalizada e hierarquizada a níveis de complexidade crescente (art. 8º da Lei n. 8.080/90).

O SUS constitui-se em um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção única em cada esfera do governo, para que se propicie um atendimento integral, priorizando as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e com a participação da comunidade.

De acordo com a Lei n. 8.080/90, integram o SUS: o Ministério da Saúde; as Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; os Consórcios Administrativos Intermunicipais, quando formalizados; os hospitais locais, regionais e especializados, incluídos os hospitais universitários; os laboratórios públicos de saúde e hemocentros e os distritos municipais de saúde; os postos de saúde; os centros de saúde; as

¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Op. cit.**, p. 43-44.

unidades mistas; os ambulatórios de especialidades; a Fundação Nacional de Saúde; a Fundação Oswaldo Cruz e o Instituto Nacional do Câncer.

Destaque-se, ainda, a existência das agências reguladoras, que na área da saúde são a ANVISA – Agência de Vigilância Sanitária – e a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar – autarquias especiais, cuja função compreendem a coordenação e a disciplina da atividade que regula (Auto-regulação profissional e Administração Pública).

As atribuições do SUS estão enumeradas no art. 200 da Constituição, mas outras lhe podem ser conferidas pela legislação ordinária, conforme registrado nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, a saber:

A competência do Sistema Único de Saúde (SUS) envolve tarefas normativas, fiscalizadoras e executivas, além de outras disciplinadas em lei ordinária. Dentro da amplitude de suas atribuições, compete-lhe toda a produção material e intelectual, direcionada à área de saúde, através de execução de ações (quais sejam, ordenar, participar, incrementar, fiscalizar e colaborar), que buscam preservar os direitos metaindividuais do homem, notadamente os difusos.

Soma-se à saúde, o trabalho, seja pelo que representa em termos de realização pessoal, seja como condição de sobrevivência e tutela do meio ambiente. Incluem-se aí a habitação e a moradia, que tanto condicionam a vida em família, a segurança e a proteção. A necessidade de habitação justifica-se como condição indispensável à vida. Em conexão com a moradia, o saneamento básico representa o controle dos efeitos deletérios sobre o bem-estar físico e espiritual do homem.¹

Assinale-se que para a Lei n. 8.080/90, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais, entre outros, são fatores condicionantes e determinantes da saúde (art. 3º).

Vale referir, por oportuno, que o advento da LOS ocasionou a descentralização do dever de proteção do direito fundamental do cidadão à saúde. Tornou-se um dever de todos os entes da federação, indistintamente, cabendo tanto à União, quanto aos Estados e aos Municípios a sua efetivação, podendo, inclusive, a iniciativa privada participar em caráter complementar.

Bem por isso, adverte Euclides Benedito de Oliveira, que:

Compete à União e aos Estados legislar, concorrentemente, sobre a defesa da saúde e sua proteção, bem como sobre o meio ambiente (artigo 24, VI, VII e XII, da Constituição Federal de 1988) [...].

Na esteira da rede protetora estendida pela Constituição Federal alinham-se análogos regramentos infraconstitucionais, a partir das Constituições de cada Estado da Federação. Assim é que a Constituição do Estado de São Paulo, no

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Op. cit.**, p. 1346.

seu artigo 219, parágrafo único, inciso 4, garante o ‘atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde’. Na seqüência, diz o artigo 222, inciso V, que deve ser observada a ‘gratuidade dos serviços prestados, vedada a cobrança de despesas e taxas, sob qualquer título’.¹

Frise-se, portanto, que a obrigação para o auxílio aos doentes não é somente da União, mas integrada entre todos os componentes da federação, e o fato de um destes se omitir perante o cumprimento de seu dever legal, não exclui a responsabilidade dos demais, pois são deveres solidários da população carente de assistência à saúde.

¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Op. cit.**, p. 43.

CAPÍTULO 4 - A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE

É importante lembrar que o direito à saúde foi constitucionalizado em 1988 como um direito público subjetivo de prestações positivas do Estado, o qual incumbe aos Poderes Públicos o dever de desenvolver políticas garantidoras desse direito. E é esse o conteúdo que faz com que o direito à saúde tenha sérios problemas para a sua efetivação.

Pretende-se traçar, neste Capítulo, um panorama do direito à saúde frente à limitação e escassez de recursos materiais disponíveis, condicionando a sua garantia à existência de disponibilidade financeira para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas do Estado.

É um tema que tem sido objeto de várias discussões, na medida em que se insere na questão da capacidade limitada do Poder Público em prover todas as necessidades ilimitadas da sociedade. Veremos que essas limitações orçamentárias que dificultam a concretização dos direitos sociais por parte do Estado é invocada com o fito de desobrigá-lo de seu dever constitucional, face à ocorrência de justo motivo plenamente aferível, ou seja, a chamada cláusula da “reserva do financeiramente possível”.

4.1. A teoria da reserva do possível

Simplificadamente, Ana Paula Alencar Oliveira, bem expressa acerca do surgimento da teoria da reserva do possível, em suas palavras:

A teoria da Reserva do Possível é oriunda da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vonrbehalt des Möglichen*), na qual o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, desde o paradigmático julgamento (nº. 33, S. 333, *BVerfGE*¹) entendeu que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal forma que, mesmo na hipótese do Estado dispor de recursos e tendo o poder de disposição, não há uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites da razoabilidade. A lide versava sobre o direito de acesso ao ensino superior, em que havia a pretensão de ingresso no ensino superior público, não obstante a inexistência de vagas suficientes, com base na garantia da Lei Federal Alemã de liberdade de escolha de profissão [...]

A Teoria da Reserva do Possível está relacionada à afirmação de que os direitos sociais prestacionais podem representar um custo à sociedade. O constitucionalista português Gomes Canotilho, ao dissertar sobre a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, esclarece que ‘a elevação do nível de realização está sempre condicionada pelo volume de recursos susceptível de ser mobilizado para esse efeito, pelo que a sua

¹ *BVerfGE* é abreviatura de Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht = Coletânea das Decisões do Tribunal Constitucional Federal.

realização (para além de um mínimo necessário) está sempre sob a reserva das disponibilidades da coletividade'.¹

A teoria da reserva do possível procura estabelecer alguns limites regulatórios para a emissão de ordens judiciais, tendentes a obrigar o Poder Público a dar efetividade a certa categoria de prerrogativas instituídas em favor dos indivíduos.

O direito à saúde, como já visto, demanda prestações positivas do Estado, o que importa em alocação de recursos materiais e humanos para a sua concretização. E essa concretização encontra o seu limite no que se convencionou de “reserva do financeiramente possível” ou, simplesmente, “reserva do possível”.

Nessa concepção, a correta lição de Ana Paula de Barcellos:

A expressão ‘reserva do possível’ procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.²

A reserva do possível constitui, pois, um postulado em que o cumprimento de decisões que envolvam gastos públicos depende da existência de meios materiais disponíveis para sua implementação.

Isso significa, portanto, presente o contexto ora em exame, que não basta que a legislação atenda alguma demanda à sua população. Imprescindível, também, a existência de recursos materiais capazes de viabilizar e garantir a satisfação desses direitos. São prerrogativas que delimitam e orientam a aplicação do já denominado princípio da reserva do possível.

Foi por essa razão que o Ministro Celso de Mello, em decisão proferida no Supremo Tribunal Federal, ao examinar a questão ora em análise, assim se manifestou a respeito:

Não deixo de conferir, no entanto [...], significativo relevo ao tema pertinente à “*reserva do possível*” [...], notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

¹ OLIVEIRA, Ana Paula Alencar. *A reserva do possível e a responsabilidade civil do Estado por omissão*. Monografia apresentada ao Instituto de Direito Público – IDP como requisito para conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado. Brasília, 2006, p. 4-5.

² BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “*reserva do possível*” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

[...]

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “*reserva do possível*”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que **os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência**, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.¹ [grifos nossos]

Referida decisão bem evidencia a aceitação da teoria da reserva do possível, porém com as ressalvas atinentes à preservação do mínimo existencial e à impossibilidade do Estado manipular suas atividades políticas, econômicas e sociais para se isentar de uma obrigação constitucionalmente consagrada.

Da assertiva do ilustre Ministro, infere-se que a realização prática de tais direitos depende da presença cumulativa de dois elementos: de um lado, a razoabilidade da pretensão social e também individual deduzida em face do Poder Público e, de outro, a disponibilidade financeira para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas do Estado.

¹ STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF. Relator Celso de Mello. Decisão monocrática. Brasília, 29.04.2004 – DJ de 04.05.2004, p. 00012.

É por tal razão que as justificativas negativas para a efetivação de um direito social com base no argumento do princípio da reserva do possível devem ser analisadas com cautela. Ao Estado não basta simplesmente alegar a inexistência de recursos financeiros para se cumprir uma ordem judicial, é necessário que se demonstre também.

Mariana Filchtiner Figueiredo assim entende acerca da reserva do possível:

A reserva do financeiramente possível pode ser assim interpretada como objeção à efetividade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais a prestações materiais, consistente no respeito às decisões orçamentárias estabelecidas pelo legislador democrático, na ponderação concreta entre a escassez dos recursos financeiros disponíveis e o dever de otimizar [...] a concretização dos direitos fundamentais.¹

A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de se empenhar na proteção dos direitos sociais, principalmente no tocante a prestações que tenham como direito fundamental a vida, a saúde e a educação, por considerá-los bens máximos, não vislumbrando a possibilidade de sua preterição.

Em relação ao direito à educação, cabe destacar o acórdão prolatado pela Segunda Turma daquela Corte, em que o Município de Santo André (SP) alegava que a carência de novos subsídios para o financiamento da educação infantil limitara o atendimento em todo o Município, bem como a possibilidade de ampliação desse atendimento:

Recurso extraordinário - criança de até seis anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola - educação infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV) - compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º) - recurso improvido.

- **A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível**, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. [...]

¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Op. cit.**, 139.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. Doutrina. [RE 410.715-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, publicado no DJ em 03/02/2006]. No mesmo sentido: AI 455.802/SP, Rel. Min. Marco Aurélio – AI 475.571/SP, Rel. Min. Marco Aurélio – RE 401.673/SP, Rel. Min. Marco Aurélio – RE 402.024/SP, Rel. Min. Carlos Velloso - RE 411.518/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. [grifos nossos]

Igual é o posicionamento desta Corte no tocante às prestações relativas à saúde:

Pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio - Pessoas destituídas de recursos financeiros - direito à vida e à saúde - Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial - Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes - Dever constitucional do estado (CF, arts. 5º, "caput", e 196) - Precedentes (STF) - Abuso do direito de recorrer - Imposição de multa - Recurso de agravo improvido.

O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. [...]

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. [...]. [RE 393.175-AgR, Segunda Turma, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 12.12.2006, publicado no DJ de 02.02.2007] [grifo aposto]

Fornecimento de medicamentos a paciente hipossuficiente. Obrigação do Estado. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. [AI 604.949-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24.10.2006, DJ de 24.11.2006]. No mesmo sentido: AI 649.057-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 26.6.07, DJ de 17-8-07.

Essa tem sido a diretriz defendida no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Pertinente ressaltar que a saúde é um direito que realmente necessita da disponibilização de recursos, sob pena de cingir-se à abstração, não satisfazendo as transformações tão almejadas pela população.

Sincronizada a esta postura, situa-se a lição doutrinária de Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho, que assinala:

Os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira razoável, pode esperar da sociedade.

A satisfação de tais direitos – econômicos, sociais e culturais – implica grande repercussão econômica, porquanto pressupõe a disponibilização estatal de prestações aos cidadãos. Nessa medida, encontra barreiras nas reais condições financeiras do Estado.¹

Perfilha o mesmo entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação [...] prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível.²

Por isso, a reserva do possível evidencia uma relação estreita e inafastável que existe entre o crescimento econômico do País e o orçamento público, levando-se em conta o grau possível de realização do direito à saúde, ainda que fundamentais e constitucionalizados.

¹ COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Op. cit.**, p. 125.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. In Revista de Interesse Público, n. 12, 2001, p. 104-105.

4.2. A reserva do possível como limite à efetividade ao direito à saúde

A concretização do direito à saúde no que se refere à prestação material, encontra seu limite na já mencionada “reserva do possível”, no qual dispõe ao juiz, ou mesmo ao Poder Público, a impossibilidade de efetivar ou desenvolver direitos, sem que existam meios materiais para tanto.

A aferição da disponibilidade material é feita em face do orçamento público. Justifica-se que a concessão de determinadas prestações, ou seja, a realização ou a efetivação de determinada prestação social, poderia implicar no efeito contraproducente da inviabilização do atendimento de outras necessidades coletivas.

Daí o reconhecimento de que as prestações preteridas, para as quais já havia um prévio planejamento, ficariam completamente comprometidas com o desvio, por exemplo, dos subsídios financeiros que seriam destinados ao seu suprimento, para se satisfazer àquela prestação em favor da qual foi emitida uma ordem judicial.

Em julgamento datado de 14/04/2008, a Ministra Ellen Gracie, à época, Presidente do Supremo Tribunal Federal, deixou bem claro que apesar de considerar o direito à saúde um direito que se sobrepõe a todo e qualquer outro direito, sua concretização depende da limitação orçamentária do Estado, conforme se depreende da notícia veiculada pela imprensa, no site do STF:

Tetraplégico em razão de um assalto ocorrido em via pública no estado de Pernambuco (PE), Marcos José Silva de Oliveira, estudante universitário de 25 anos, obteve decisão favorável no Supremo Tribunal Federal (STF). Ele conseguiu autorização para ser submetido a uma cirurgia de implante de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM) a fim de que possa respirar sem depender de aparelho mecânico.

A questão foi debatida durante o julgamento de um recurso [agravo regimental] interposto por Marcos nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 223. Ele contestava decisão da Presidência do STF que suspendeu execução da decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ-PE), a qual determinava a liberação de quantia depositada por meio de uma ação de indenização para que a cirurgia fosse realizada.

O TJ-PE determinou a transferência de recursos que foram depositados pelo estado de Pernambuco em conta judicial para uma conta bancária no exterior, pertencente ao médico norte-americano que a família alega que virá ao Brasil para operar Marcos. Segundo os familiares, o Brasil não possui profissional capacitado para realizar tal procedimento, que, caso não ocorra até o próximo dia 30 de abril, fará com que Marcos corra risco de morte.

Em sede de tutela antecipada, a responsabilização do estado de Pernambuco pelo custo da cirurgia equivale a U\$ 150.000 (cento e cinquenta mil dólares americanos).

O estado de Pernambuco sustenta ocorrência de grave lesão à ordem pública, em razão da iminência de transferência de recursos públicos ao exterior para pessoa não domiciliada no país, sem prévia autorização do Banco Central do Brasil. Alegava ocorrência de grave lesão à economia pública, com base na determinação do pagamento sem o trânsito em julgado da sentença condenatória e sem a obrigatória expedição de precatório, em afronta ao artigo 100 da Constituição Federal.

A ministra Ellen Gracie, relatora da matéria, negou provimento ao recurso.

“Não desconheço o sofrimento e a dura realidade vivida pelo agravante com especial deferência por seus familiares que zelosamente empreendem esforços para assegurar e prover o mais rápido possível uma melhor condição ao seu ente querido”, disse.

No entanto, ela considerou que a determinação para que o estado de Pernambuco pague todas as despesas necessárias à realização da cirurgia, com base na forma e com profissional requerido, “defronta-se especialmente com o conceito de ordem pública administrativa, a qual exige verificação ao menos da aparente legalidade da postura da administração que a decisão a suspender põe em risco”.

No caso, a ministra entendeu configurada a grave lesão à ordem pública “na sua acepção jurídico-administrativa”, tendo em vista imposição, ao poder público, do pagamento de cirurgia de alto custo sem qualquer registro de prévio procedimento administrativo.

“Não consta dos autos qualquer avaliação clínica prévia capaz de aferir de maneira segura e adequada a viabilidade técnica ou mesmo a prescrição clínica para que o paciente, ora agravante, se submeta ao procedimento cirúrgico pleiteado”, verificou a ministra. Ellen Gracie afirmou que, conforme relatório de auditoria médica realizado pela Secretaria Estadual de Saúde, há relatos evidenciando que o risco cirúrgico na implantação desse marca-passo em pacientes tetraplégicos é maior, como é o caso de Marcos.

Ainda de acordo com o relatório, “por se tratar de procedimento incipiente, de custo elevado, não oferecendo garantias de sucesso e ainda em fase experimental, o procedimento ainda não consta do rol de procedimentos da ANS, tendo sido inclusive negado pela operadora de saúde da qual o paciente é usuário”. Para Ellen Gracie, “persistem dúvidas severas quanto à viabilidade técnica do procedimento bem como a sua prescrição clínica”.

Por último, ela ressaltou também estar devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública na sua acepção “jurídico-constitucional e jurídico-processual, porquanto a tutela antecipada de mérito, ao determinar imediato pagamento de todas as despesas necessárias a realização da cirurgia em comento, na forma e com o profissional requerido pela parte agravante, inclusive com o repasse direto do valor depositado em juízo a conta bancária no exterior de médico escolhido pelos familiares do agravante, descumpriu o que dispõe o artigo 100 da Constituição Federal (pagamentos por precatórios) e artigo 2º, B, da Lei 9494/97 [norma que proíbe a execução provisória de julgados contra o poder público]”.¹ [grifos nossos]

¹ Informação disponibilizada no site de notícias do Supremo Tribunal Federal, em 14.04.2008, no endereço: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87122&caixaBusca=N>. Acesso em 04.07.2012.

Imperioso asseverar a criteriosa lição de Mariana Filchiner Figueiredo no que se refere à assertiva anterior:

A reserva do possível, no que se refere ao orçamento público, impõe restrições em dois sentidos: por um lado, trata da escassez dos recursos financeiros existentes, ou seja, da limitação à efetividade dos direitos sociais a prestações materiais diante da carência ou insuficiência de verbas públicas destinadas ao atendimento dessas prestações; de outro ângulo, a reserva do possível trás à lume a discussão acerca dos limites da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais a prestações materiais, notadamente dos direitos originários a prestações, uma vez que as decisões alocativas, pela incidência do princípio da separação dos poderes, estão precipuamente afetas à esfera de competência do Legislativo.¹

Tem-se, pois, que as limitações orçamentárias que dificultam ou impedem a implementação do direito à saúde, ou mesmo de outros direitos sociais, por parte do Estado, só poderá ser invocada com a finalidade de exonerá-lo de suas obrigações constitucionais diante da ocorrência de justo motivo objetivamente aferível (“reserva do possível”).

A esse respeito, não se pode deixar de reconhecer, o posicionamento de José Tarcízio de Almeida Melo que afirma:

[...] a efetivação dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) exige recursos orçamentários e que, em geral, não se pode exigir a imediata realização do comando constitucional quando se comprova, objetivamente, a falta de meios. Porém, a ‘reserva do possível’, que pode justificar-se, quando for invocada pelo Estado e estiver objetivamente aferível, torna ínfima a margem de discricção do administrador público no caso de se tratar do estabelecimento e da preservação de condições básicas de existência. Nem se aceita que a manipulação da atividade financeira, política ou administrativa possa obrigar o ilegítimo e censurável propósito de fraudar, frustrar ou inviabilizar os Direitos Sociais, notadamente em favor das classes menos favorecidas.²

Em que pese tal entendimento, deduz-se que os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível na dimensão em que o indivíduo, de forma razoável, espera do Estado. E a satisfação desses direitos, sejam econômicos, sociais ou culturais, implica em uma grande repercussão econômica, pressupondo-se uma disponibilização estatal de prestações positivas à população.

Nas palavras de Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho, temos que:

A doutrina majoritária sustenta que os direitos sociais prestacionais necessitariam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza sócio-econômica, razão pela qual tendem a ser

¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. **Op. cit.**, 133-134.

² MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 457.

positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora.¹

Pelo exposto, observa-se que como os demais direitos a prestações positivas impostas ao Estado, o direito à saúde suscita de sérios problemas para a sua efetivação. Assim, o valor da eficácia de suas normas constitucionais funda-se na vinculação do legislador à elaboração de leis necessárias à regulamentação da matéria.

Esse ponto foi bem enfatizado por Cíntia Lucena:

De modo semelhante, o direito à saúde também vincula os Poderes Públicos, que, no desempenho de suas funções, devem respeitar e promover o direito à saúde, sendo vedadas ações que o contrariem. Isso obriga, por exemplo, a não considerar recepcionadas as normas anteriores à Constituição que se opõem às disposições constitucionais sobre saúde.

Além disso, o direito à saúde há que ser enfatizado pelo Poder Judiciário quando for necessário um juízo de ponderação de bens e interesses para verificar a constitucionalidade da restrição de outros direitos fundamentais. Por exemplo, com base no direito à saúde pode-se e deve-se justificar limites à livre iniciativa ou a outros direitos de natureza econômica.²

Não se pode olvidar, ao final, que a efetivação do direito à saúde, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande parte, de um vínculo financeiro atrelado às possibilidades orçamentárias do Poder Público. E, comprovada a alegação de incapacidade econômico-financeira do ente estatal, deste não se poderá exigir, em razão de sua limitação material, a imediata efetivação do ordenamento fundado no texto da Carta Política.

Este é o cenário no qual, o Poder Judiciário, em várias ocasiões, frente às alegações do indivíduo em obter certa prestação social que não estaria sendo cumprida efetivamente pelo Estado, determina que tal providência seja executada. Desencadeando-se, a partir desse momento, sérios problemas para a Administração Pública, posto que ao administrador – ciente de que deve acatar fielmente à implementação de uma decisão judicial – enfrenta a complicada função de retirar recursos financeiros de uma determinada área para que seja aplicada em outra, conforme a determinação judicial.

¹ COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Op. cit.**, p. 126.

² LUCENA, Cíntia. **Op. cit.**, p. 263.

CAPÍTULO 5 - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde é uma matéria que está sendo cada vez mais suscitada no meio jurídico, em virtude do crescente número de ações, nos órgãos jurisdicionais, pleiteando-se a liberação e a concessão de medicamentos, tratamentos especializados, entre outras obrigações de prestação assistencial médica pelos entes públicos.

É um tema controvertido, inovador e que demanda complexas e interessantes discussões. Por isso, é imperioso ressaltar que o presente Capítulo não tem o condão de exaurir a temática em foco. O que se pretende, aqui, é apresentar o contexto dessas discussões, frente às orientações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito.

De tudo o que já foi exposto, vimos que o direito público subjetivo à saúde consiste em uma garantia jurídica indisponível assegurada, a todas as pessoas, pela própria Constituição da República, conforme disposto em seu art. 196.

É um direito que representa um bem jurídico constitucionalmente tutelado pelo Poder Público, que, de maneira responsável, tem o dever de formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir à população, o acesso universal e igualitário à assistência à saúde.

Porém, o que se verifica é que o Estado não tem cumprido, de modo regular, a efetiva prestação de serviços de saúde à sua população, sendo necessário, por diversas vezes, a pessoa desassistida ingressar em juízo para fazer valer o seu direito à saúde.

Face a esse grave contexto social, surge a figura do Poder Judiciário que, recentemente, vem atuando ativamente no processo de efetivação da garantia do direito constitucional social à saúde, no sentido de suprir a carência da população ocasionada pela inoperância dos entes estatais.

Dessa forma, de acordo com o correto entendimento de Fabiano Holz Beserra,

O Poder Judiciário, diante dos conflitos de interesses que lhe são submetidos, enfrenta situações nas quais a tutela postulada traz questionamentos sobre os limites da jurisdição em face às competências constitucionalmente atribuídas ao Poder Legislativo¹.

No dizer de Euclides Benedito de Oliveira,

¹ BESERRA, Fabiano Holz. *Apontamentos sobre os limites da jurisdição perante o Poder Legislativo. In Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde. Coordenação de Araken de Assis. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 27.*

Cumpra repisar que a saúde é um direito público subjetivo, com característica marcadamente individual. Daí que todas as garantias individuais concernentes a direitos fundamentais são legítimas na busca da efetivação do direito à saúde mediante a oposição de um vínculo obrigacional entre o cidadão-credor e o Estado-devedor.¹

Impende acentuar – nesse campo de difícil consenso, a problemática de o Poder Judiciário poder intervir, ou não, na implementação de políticas públicas no campo da saúde.

Ingo Wolfgang Sarlet acentua que:

Permanece, todavia, a indagação se o Poder Judiciário está autorizado a atender a essas demandas e a conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação prevista do Estado, compelindo o Estado ao fornecimento de medicamentos, leitos hospitalares, enfim, toda e qualquer prestação na área da saúde. Na medida em que o nosso poder público não tem logrado atender (e aqui não se está adentrando ao mérito das razões invocadas) ao compromisso básico com o direito à saúde, constata-se a existência de inúmeras ações judiciais tramitando nos Foros e Tribunais brasileiros, dentre as quais se destacam as demandas movidas por portadores do HIV na busca do fornecimento dos medicamentos para o tratamento adequado da moléstia e a garantia de uma sobrevivência mais longa e com menor sofrimento e, portanto, mais digna.²

Pode-se dizer, a bem verdade da razão, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência são cautelosas em suas assertivas e expendem considerações restritivas acerca dessa questão.

A orientação de Ana Paula de Barcellos bem exprime esse fascinante paradoxo sobre a atuação política do Poder Judiciário. Em suas palavras, adverte:

[...] é preciso reconhecer que, nada obstante o reconhecimento teórico da capacidade do Judiciário de sancionar positivamente os efeitos pretendidos pelas normas que cuidam da dignidade humana, a questão mais grave continua a ser a definição da extensão dessa legitimidade. É evidente que o Judiciário não tem competência para fixar as políticas públicas de maneira ampla, nem cabe a cada juiz impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada. Permitir que o Judiciário assumisse tal papel efetivamente representaria o colapso da separação dos poderes e a perigosa concentração de poderes na instância judicial.

Diante de mais essa questão [...] pode-se concluir que a coexistência harmônica da eficácia positiva da dignidade de um lado e, de outro, da separação de poderes e do princípio majoritário, depende de atribuir-se eficácia jurídica positiva apenas ao núcleo da dignidade, ao chamado ‘mínimo existencial’, reconhecendo-se legitimidade ao Judiciário para

¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Op. cit.**, p. 48.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, p. 104-105.

determinar as prestações necessárias à sua satisfação. Cada idéia cede um pouco de seu espaço de modo que todas possam operar satisfatoriamente.¹

Por derradeiro, a autora finaliza:

O Judiciário poderá e deverá determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõem o mínimo, mas não poderá fazê-lo em relação a outras, que estejam fora desse conjunto. Salvo, é claro, quando as opções políticas dos poderes constituídos – afora e além do mínimo – hajam sido juridicizadas e tomem a forma de uma lei [...]. Também aqui caberá ao Judiciário dar execução – eficácia positiva ou simétrica – à lei.²

Expendidas tais considerações, verifica-se que a nossa realidade jurídica vigente tende a adotar o direito à saúde como um dever político-constitucional do Estado. É o que se depreende do entendimento do Ministro Celso de Mello quando do julgamento do caso do estudante de Pernambuco:

O ministro Celso de Mello entendeu que o recurso deveria ser provido a fim de manter o ato quanto à obrigação de prestar o tratamento. Segundo ele, Pernambuco, assim como outras localidades brasileiras, possuem pontos conhecidos pela prática criminosa.

No caso, o ministro entendeu ter havido omissão por parte dos agentes públicos na adoção de medidas efetivas, “que o bom senso impõe”.

[...]

“O que não tem sentido é que o estado permaneça simplesmente se omitindo no dever constitucional de prover segurança pública ao cidadão e, depois, demitindo-se das conseqüências que resultam do cumprimento desse mesmo dever”, completou, ressaltando que Marcos tem o direito de viver de maneira autônoma, uma vez que atualmente necessita de aparelho mecânico para respirar.

Para o ministro, situações configuradoras de falta de serviço podem induzir a responsabilidade civil objetiva do poder público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito [nexo de causalidade], omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima.

“A mim me parece que todos os elementos que compõem a estrutura da responsabilidade civil objetiva do poder público estariam presentes nesse caso. A situação de dano gravíssimo, risco inaceitável à vida, ocorre em relação a esse paciente e muito menos em relação ao poder público”, afirmou Celso de Mello.

De acordo com ele, ao se reconhecer o interesse secundário do estado, em matéria de finanças públicas, e o direito fundamental da pessoa, que é o direito à vida, “não há opção possível para o Judiciário, nessa relação dilemática, senão destacar, senão dar primazia, senão fazer prevalecer o direito à vida”.

[...]

¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Op. cit.**, p. 232-233.

² BARCELLOS, Ana Paula de. **Op. cit.**, p. 274.

“Quem salva uma vida, salva toda a humanidade”, finalizou o ministro, sendo seguido pela maioria dos votos. Assim, o Plenário da Corte, por maioria, deu provimento ao recurso a fim de garantir o custeio, por parte do estado de Pernambuco, do tratamento médico ao jovem.¹ [grifo apostro]

Em outro pronunciamento positivo – e que constitui a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal –, novamente a orientação do eminente Ministro Celso de Mello, quando, em exemplar decisão, expendeu as seguintes palavras:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. [...].²

Nessa concepção, o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional que lhe foi atribuída, não pode se escusar da função de efetivar os direitos sociais, que se identificam, enquanto direitos de segunda geração (como o direito à saúde), com as liberdades reais, concretas e positivas.

Porém, é preciso ter presente, ante a análise da questão, a cautelosa concepção de que, uma vez negadas as prestações sociais pelo Estado, os interessados em obtê-las, intentarão em ações judiciais, requerendo que o Poder Judiciário reconheça e determine a implementação

¹ Informação disponibilizada no site de notícias do Supremo Tribunal Federal, em 14.04.2008, no endereço: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87122>> Acessado em 13.05.2008.

² STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF - Relator Celso de Mello. Decisão monocrática. Brasília, DF, 29.04.2004 – DJ de 04.05.2004 – p. 00012.

imediate do seu direito. É o que se constata, por exemplo, em relação ao grande número de decisões judiciais (no campo da saúde), em que o Poder Judiciário vem obrigando os entes estatais a fornecerem determinados medicamentos ou a executarem específicos procedimentos médicos, cujos subsídios financeiros para efetuar tais pagamentos chegam a alcançar cifras astronômicas.

Cabe referir, por relevante, a lição de Luiz Gustavo Lovato:

As decisões judiciais que determinam a proteção dos casos mais graves de necessidade da prestação do Poder Público na garantia à saúde são perfeitamente aceitáveis e razoáveis, pois visam a garantir, também, a vida do cidadão. Mas, ao restringir a tutela jurisdicional a tais casos – os casos mais simples, ou que não causam risco de vida ao cidadão – a atuação do poder público causa um abalo ao princípio da equidade, bem como o atendimento à população, em nível geral, perde a sua prioridade.¹

Tais decisões – ainda que juridicamente fundamentadas e bem intencionadas –, por muitas vezes não se preocupam com os danos que podem acarretar na regular administração dos assuntos do Poder Público. Por isso, o Poder Judiciário – mesmo que bem intencionado e no intuito de fazer valer a aplicabilidade das normas constitucionais de nosso sistema jurídico –, não deve intentar em assumir a difícil e complexa tarefa de procurar suprir todas as carências sociais, através de determinações judiciais.

Conforme preleciona Fabiano Holz Beserra:

Nesse contexto, se faz necessário insistir na idéia de impor limites ao Poder Judiciário, sob pena de transformá-lo em instância revisora dos Poderes Executivo e Legislativo, criando um indesejável governo de juízes. Isso somente é possível com a formação de uma mentalidade na opinião pública e entre os operadores do direito que acabe por criar uma tradição constitucional de autolimitação judicial.²

Em virtude do crescente número de ações na Suprema Corte relacionadas com matérias que envolvem serviços de saúde, tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos, recentemente os Ministros reconheceram, em decisão unânime (03/12/2007)³, a existência de “repercussão geral” da questão constitucional suscitada, requisito introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, art. 102, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

A respeito, esclareça-se que:

¹ LOVATO, Luiz Gustavo. *A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos*. In Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde. Coordenação de Araken de Assis. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 114.

² BESERRA, Fabiano Holz. **Op. cit.**, p. 45.

³ Informação disponível no site do Supremo Tribunal Federal, no endereço: <<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=566471&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 13.05.2008.

Diante da edição da Emenda Constitucional 45/04, que incluiu, dentre os pressupostos de admissibilidade dos recursos extraordinários, a exigência de “repercussão geral” da questão constitucional suscitada, e já tendo sido editadas normas regulamentares, mediante alterações no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, impõe-se a adoção das ações necessárias à plena efetividade das novas disposições constitucionais e à uniformização mínima de procedimentos.

Considerando as características no novo instituto, uma comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, no compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados, é condição indispensável para que os objetivos que informaram a reforma constitucional sejam plenamente alcançados, garantindo-se a necessária segurança aos jurisdicionados, destinatários maiores da mudança que ora se opera.¹

Por esse fato, todos os processos relacionados a essa questão estão sobrestados, aguardando o julgamento de mérito.

Frise-se que a finalidade do instituto da “repercussão geral” consiste em:

- Delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.
- Uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.²

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 322, parágrafo único, ao tratar do instituto da repercussão geral, qualifica as suas formas de existência:

Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.³

A seguir, a íntegra da manifestação proferida pelo Relator em razão da repercussão geral do tema em análise:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 566.471/RIO GRANDE DO NORTE
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
ADVOGADO: PGE-RN - CRISTIANO FEITOSA MENDES
RECORRIDA: CARMELITA ANUNCIADA DE SOUZA

¹ Informação disponível no site do Supremo Tribunal Federal, no endereço <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>> Acesso em: 12.05.2008.

² Informação disponível no site do Supremo Tribunal Federal, no endereço <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao> Acesso em: 25.06.2012.

³ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Abril_2012.pdf, atualizado até Abril de 2012.

ADVOGADOS: ANA LÚCIA DE SOUZA SIQUEIRA E OUTRO

REPERCUSSÃO GERAL – COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO – ADMISSIBILIDADE – ASSISTÊNCIA À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – EXTRAORDINÁRIO DO ESTADO.

1. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, ante a necessidade de muitos considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. **Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença.** Aponta-se a transgressão dos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, § 1º e § 2º, da Carta Federal. Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional.

2. Admito a repercussão geral articulada em capítulo próprio no extraordinário. Submeto aos integrantes do Tribunal a matéria para deliberação a respeito.

Brasília, 24 de outubro de 2007.

Ministro MARCO AURÉLIO - Relator.¹ [grifo apostro]

Na data de 03.12.2007 o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a repercussão geral do tema. O acórdão foi publicado em 12.12.2007, e está assim ementado:

“SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.”

Desde a data da inclusão como um dos temas de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal vem recebendo pedidos de diversas entidades públicas e privadas para ingressar no processo como “amicus curiae”. Não há, até a presente data, previsão de julgamento do mérito desse tema tão complexo.

Pelo exposto, o direito à saúde é um tema que suscita, ainda, de um grande desvelo jurídico. Em virtude de sua ampla repercussão, é preciso que se instale, em nosso País, um entendimento convergente que estabeleça uma segurança jurídica, a fim de garantir a proteção dos direitos dos cidadãos.

¹ Informação disponível no site do Supremo Tribunal Federal no endereço: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em 25.06.2012.

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, o presente trabalho procurou demonstrar que os direitos sociais de prestação, em especial o direito à saúde, são dotados de extrema importância no nosso Estado Democrático de Direito. No entanto, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão (os chamados direitos de defesa), ainda não existe, em nosso ordenamento positivo, um consenso acerca da sua aplicabilidade e efetividade imediatas.

A proteção à saúde, como fartamente visto, decorre da importância que o legislador constituinte atribuiu aos direitos sociais de prestação, insculpidos nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal de 1988, os quais estão inseridos no rol dos direitos fundamentais, que, por sua vez, traduzem em prestações positivas por parte do Estado, a fim de proporcionar condições materiais mínimas que visam a garantir a dignidade de seus cidadãos.

Sob a perspectiva dessa ordem constitucional, cabe, portanto, ao Estado, a obrigação de tornar efetivas as prestações relacionadas à saúde, incumbindo-lhe instituir, em favor dos cidadãos, medidas preventivas e de recuperação, que, insculpidas em políticas públicas idôneas, tenham por objetivo a viabilização e a concretização do que prescreve o artigo 196 da Lei Maior.

Porém, por depender de prestação positiva por parte do Estado, o direito à saúde cinge-se nas limitações de recursos materiais e financeiros que condicionam o Poder Público. Neste ponto, a efetivação da prestação deste direito sujeita-se ao *Princípio da Reserva do Financeiramente Possível*, onde o Administrador somente poderá implementar as políticas públicas dentro de sua capacidade financeira.

A par dessa situação, o Estado depara-se, por diversas vezes, com a contingência de não possuir condições adequadas e suficientes para concretizar o direito à saúde ao indivíduo, seja pela falta de recursos financeiros, seja até mesmo, por um gerenciamento equivocado e sem planejamento de seus órgãos administradores.

Com isso, o que a realidade nos mostra é o aumento de demandas judiciais individuais por direitos sociais constitucionalmente amparados – sobressaindo-se o campo da saúde –, aonde inúmeras decisões judiciais vêm obrigando os entes governamentais, por exemplo, a fornecerem determinados medicamentos ou a executarem específicos procedimentos médicos.

Dessa forma, apesar da efetivação do direito à saúde estar vinculada ao princípio da reserva do possível, a parte mínima necessária à dignidade da pessoa humana jamais poderá

ser escusada. Cabe ao Poder Judiciário, nestes casos, mediante provocação, intervir nas políticas públicas do Estado, de forma a assegurar o mínimo necessário para uma vida digna.

A complexidade que envolve o tema é notória e por demais delicada, pois, de um lado há que se respeitar as diretrizes e as prioridades do Poder Público, bem como os recursos financeiros disponíveis, e de outro lado, não se pode conceber que a garantia de um princípio constitucional deixe de ser respeitado e aplicado. De caráter meramente ilustrativo, cite-se a situação em que o Poder Judiciário, no intuito de assegurar o direito à saúde de um indivíduo, determina o remanejamento de recursos de uma área orçamentária menos importante para outra, como por exemplo, a retirada dos recursos destinados à propaganda institucional do governo para fornecer medicamentos ou custear tratamento desse paciente.

A propósito da questão, sobre a relevância do direito à saúde e a responsabilidade do Poder Judiciário no tocante ao fornecimento de medicamentos, é farta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de considerar a supremacia desse direito.

Entretanto, não há na doutrina, um posicionamento unânime quanto à adequada função do Poder Judiciário no que tange à concessão dos direitos sociais em geral, face aos limites orçamentários do Estado. Esse argumento cinge-se ao fato de que ao permitir que o Judiciário decida hipóteses envolvendo escolhas entre o que é relevante ou não, é querer ampliar para este Poder, uma competência que não é sua.

Por derradeiro, **em princípio**, o Poder Judiciário não deve intervir na esfera dos Poderes Executivo e Legislativo. A atribuição de implementar políticas públicas não se inclui, comumente, ao âmbito de suas funções institucionais. No entanto, o que se tem visto, em nosso atual contexto social, é que essa responsabilidade, em casos excepcionais, tem sido atribuída ao Poder Judiciário, que exerce controle jurisdicional em torno das políticas públicas quando o Estado descumpra as obrigações político-jurídicas concernentes à eficácia e à integridade do direito à saúde como direito e garantia fundamental à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- AZEM, Guilherme Beux Nassif. *Direito à saúde e comprovação da hipossuficiência*. In Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde. Coordenação de Araken de Assis. Porto Alegre: Notadez, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BESERRA, Fabiano Holz. *Apontamentos sobre os limites da jurisdição perante o Poder Legislativo*. In Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde. Coordenação de Araken de Assis. Porto Alegre: Notadez, 2007.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CIETTO, Luiz. *Proteção dos direitos humanos e o direito à saúde*. In Revista Jurídica. Vol. 18, n. 2. Campinas, 2002.
- COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. *Direitos fundamentais sociais: reserva do possível e controle jurisdicional*. In Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Volume 30, jan/jun 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Eletrônico – séc. XXI*. Rio de Janeiro: Lexikon Informática Ltda., 1999, versão 3.0, CD-ROM.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GOUVÊA, Marco Maselli. *Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In Discricionariedade administrativa. Coordenação de Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- KRELL, Andreas J. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. In Revista de Informação Legislativa, n. 144, out./dez. 1999.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.
- LOVATO, Luiz Gustavo. *A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos*. In Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde. Coordenação de Araken de Assis. Porto Alegre: Notadez, 2007.
- LUCENA, Cíntia. *Direito à saúde no constitucionalismo contemporâneo*. In O direito à vida digna. Coordenação de Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Ana Paula Alencar. *A reserva do possível e a responsabilidade civil do Estado por omissão*. Monografia apresentada ao Instituto de Direito Público – IDP como requisito para conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado. Brasília, 2006.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito à saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário – The right to health*. In Revista de Direito Sanitário. *Journal of health law*. Vol. 2, n. 3, Novembro de 2001.

PESSANHA, Érica. *A eficácia dos direitos sociais prestacionais*. In Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, n. 8, Junho de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10.02.2008.

_____. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. In Revista de Interesse Público, n. 12, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a EC n. 52, de 8.3.2006). São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed., de acordo com a Emenda Constitucional 52 de 8.3.2006 (DOU 9.3.2006). São Paulo: Malheiros, 2006.