



Italo Roberto Fuhrmann

*O Direito Fundamental à Saúde no Brasil - Aspectos Teórico-normativos e
Práxis Jurisdicional*

DOI: [http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(20\)2016.ic-04](http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(20)2016.ic-04)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

**O Direito Fundamental à Saúde no Brasil - Aspectos
Teórico-normativos e Práxis Jurisdicional**
**The Fundamental Right to Health in Brazil – Theoretical
Normative Aspects and Jurisdictional practice**

Italo Roberto FUHRMANN¹

Resumo: A chamada “judicialização” do direito fundamental à saúde, tanto no que se refere à análise de jurisprudência, quanto no que atine à doutrina, pátria e alienígena, evidencia uma ampla discussão existente acerca do *se*, do *como* e *em que medida* podem ser judicialmente exigidos do Estado e dos particulares – especialmente em se tratando de entidades corporativas, nacionais e internacionais, a exemplo dos laboratórios de pesquisa farmacêutica – prestações materiais concernentes à preservação ou recuperação da saúde. A isto, soma-se a problemática das relações institucionais de poder, designadamente no que se refere à intervenção judicial no âmbito da atuação dos poderes Legislativo e Executivo, consubstanciada no dogma da separação dos poderes. Em busca da definição e reconstrução do objeto do direito à saúde, faz-se necessário um intercurso teórico, de modo a estabelecer um diálogo entre o desenvolvimento jurisprudencial e acadêmico na conformação do âmbito de proteção do direito à saúde no Direito brasileiro.

Palavras-chave: "Judicialização"; Direito à Saúde; Direito brasileiro.

Abstract: The so-called "juridification" of the fundamental right to health, regard to the case law analysis and to the doctrine shows a large existing discussion about it, of how and in what extent may be judicially required material benefits concerning the preservation or restoration of health by the State and - especially by the corporate, national and international bodies, like the pharmaceutical

¹ Professor de Direito Constitucional e Internacional do Centro Universitário Metodista IPA - RS. Advogado em Porto Alegre e Brasília.

research laboratories -. To this is added the problem of institutional power relations, in particular as regards judicial intervention under the action of the legislative and executive branches, based on the doctrine of separation of powers. In search of a definition and reconstruction of the right to health object, a theoretical intercourse is necessary, in order to establish a dialogue between the judicial and academic development to delimit the scope of protection of right to health in the Brazilian law.

Keywords: "Juridification"; Right to Health; Brazilian Law.

1. Introdução ao Texto

O Direito fundamental à saúde compreende um percurso histórico de mobilização social e política atrás de si até que, no Brasil, fosse constitucionalizado em 1988 como direito do indivíduo e dever fundamental do Estado. Desde então, parte significativa da doutrina especializada vem debatendo os contornos jurídicos deste direito subjetivo, em especial, frente ao impacto de questões orçamentárias desempenham para sua real efetividade, como de resto aos demais direitos fundamentais sociais.

Indelévelmente consignamos no presente ensaio monográfico a atual posição dos Tribunais brasileiros sobre o direito à saúde, quando reivindicado na esfera judicial, seja através de demanda individual quer seja em processos coletivos, de tutela transindividual. Intentamos, destarte, fixar os parâmetros normativos, teóricos e judiciais à efetivação jurisdicional do direito fundamental à saúde no Direito brasileiro, tomando como base as mais significativas decisões de nossas cortes superiores.

2. O Direito à Saúde na CF/88 – Conceito, Conteúdo e Regime Jurídico

O direito à saúde assume uma intrínseca vinculação ao direito fundamental à vida², e a manutenção desta com qualidade, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana³, de modo que a determinação de seu significado e regime jurídico dialoga com outras condicionantes jurídico-axiológicas, o que, de resto, é conspícuo na reiterada produção jurisprudencial referente ao direito à saúde⁴. A noção de direito à saúde deve-se originalmente a dois desenvolvimentos históricos, inicialmente com o movimento de saúde pública iniciado no século XIX, e posteriormente com o reconhecimento, no século XX, ao nível constitucional, dos direitos sociais. Atualmente, pela sua positivação expressa em mais de sessenta Constituições, além dos documentos internacionais e demais Constituições que garantem direitos relacionados à saúde, muitos sustentam que o direito à saúde adquiriu *status* de direito universal e que já se constitui como um elemento costumeiro do direito internacional⁵.

O direito à saúde pode ser considerado, pelo seu conteúdo e relevância prática, como um direito primário por excelência, do qual a própria fruição dos demais direitos fundamentais resta, pelo menos em parte significativa,

² Para Germano Schwartz, desde uma perspectiva sistêmica luhmaniana, a saúde é identificada como um sistema dentro de um sistema maior (vida), que com este interage, significando uma meta a ser alcançada e que varia de acordo com sua própria evolução e com o avanço dos demais sistemas com os quais se relaciona, em especial o Estado e a própria sociedade. SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 37-9.

³ Em termos de definição jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana que dialoga com uma noção de vida saudável, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63.

⁴ Não apenas no Brasil, onde a jurisprudência é farta em vincular o Direito à saúde ao Direito à vida, como dão conta, dentre outras, as decisões AgR-RE 271286-8 RS, min. Rel. Celso de Mello, 12.09.2000, RE 195192-3 RS, min. Rel. Marco Aurélio, 22.02.2000, RE 232335 RS, min. Rel. Celso de Mello, 01.08.2000, SS 3741 CE, min. Rel. Gilmar Mendes, 27.05.2009, todas em sede de Supremo Tribunal Federal, mas também em termos de Direito estrangeiro, como na Corte Constitucional da República da Colômbia, nas ações de tutela T-749/2001, T-1123/2000 e, com especial destaque, a T-760, julgada aos 31 de julho de 2008, na Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, mediante os recursos extraordinários 302:1284, de 06.11.1980, 310:112, de 27.01.1987, e 323:1339, de 01.06.2000, no Tribunal Constitucional do Peru, mediante as Ações de Amparo 3330-2004-AA/TC, julgada em 11.07.2005, e 2016-2004-AA/TC, julgada em 5.10.2004, no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, com a decisão proferida pelo primeiro senado BvR 347/98, de dezembro de 2005, na Corte Constitucional da África do Sul, mediante o *Landmark case* CCT 8/02, decidido em 05.07.2002, dentre outros.

⁵ GROSS, Aeyal M. The Right to Health in an Era of Privatisation and Globalisation – National and International Perspectives, in: EREZ, Daphne Barak; GROSS, Aeyal M (Orgs.). *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*. Oregon: HART Publishing, 2007. p. 292-5.

dependente, inclusive os clássicos direitos de liberdade⁶. Trata-se de um direito, que para além desta característica de condição de possibilidade do exercício pleno dos demais direitos, traz em seu bojo, pela sua estrutura normativa e possibilidade eficaz, a noção de transcendentalidade, no sentido de que, a mera proteção nacional, isolada, sem a devida cooperação inter-regional e internacional, não se torna suficiente para sua efetiva concretização⁷.

O direito à saúde assume, pelo menos, três dimensões quanto às ações e prestações que compõem seu conteúdo, a saber, a curativa, preventiva e promocional⁸. Estas dimensões tem o condão de abranger tanto o aspecto “negativo” do direito à saúde, consubstanciado na noção de respeito e proteção, quanto o lado promocional e positivo relacionado à ideia de qualidade de vida. Neste íter é que se posicionou a Organização Mundial da Saúde ao definir, no preâmbulo da sua Constituição, datada de 16 de julho de 1946, o termo saúde como “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doenças”. Ainda que o termo “bem-estar”, assim como “qualidade de vida”⁹, envolva um componente subjetivo dificilmente quantificável, estes indicam, no mínimo, uma abertura conceitual do termo saúde, ensejando a integração de outros elementos, ou posições jurídicas, que não somente a proteção e promoção da saúde física do indivíduo, mas também os aspectos

⁶ Cf. HUSTER, Stefan. Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, in: *Juristen Zeitung*, 18/2008. p. 859. Neste sentido também se posicionou o Ministro Celso de Mello em recente voto proferido na ocasião do julgamento de decisões selecionadas da Audiência Pública sobre saúde, realizada no Supremo Tribunal Federal, em abril de 2009, “O direito à saúde representa um pressuposto de quase todos os demais direitos, e é essencial que se preserve esse estado de bem-estar físico e psíquico em favor da população, que é titular desse direito público subjetivo de estatura constitucional, que é o direito à saúde e à prestação de serviços de saúde”.

⁷ LOUREIRO, João Carlos. Direito à (Proteção da) Saúde, in: *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, nº 1 jul./dez. 2008. p. 36-7. Neste sentido, o autor afirma a necessária construção de uma rede normativa mundial “manto normativo do mundo”, limitando-se a soberania nacional, sem descuidar do princípio da não-ingerência, de modo a combater certas doenças que extrapolam os interesses nacionais, como, por exemplo, a síndrome respiratória aguda.

⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 81.

⁹ Para Francisco Carlos Duarte, o direito à saúde integra o conceito de qualidade de vida, na medida que as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, mas sim aquelas que moram em casas salubres, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permite dar à luz, crescer, trabalhar e morrer. Cf. DUARTE, Francisco Carlos. Qualidade de Vida: a função social do Estado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 41, junho/1994, p. 173.

relacionados à proteção do meio ambiente, o direito à educação, o direito à moradia, o direito ao saneamento básico, direito ao trabalho e à saúde no trabalho, o direito da seguridade social, direito à saúde psíquica, a garantia de uma morte digna¹⁰, direito à informação sobre o estado de saúde, direito à assistência social e de acesso aos serviços médicos, dentre outros¹¹. O direito à saúde, à evidência, não se limita tão somente aos serviços de saúde, mas a todos os fatores que podem eventualmente afetar à saúde do indivíduo, sendo que seu conteúdo é composto por duas dimensões distintas, quais sejam as condições contextuais que afetam à saúde e os cuidados médicos¹².

Apesar de alta complexidade de se auferir a determinação do conteúdo do direito à saúde, ou seja, do plexo de ações e/ou prestações deduzidas *a priori* desta posição jurídica jusfundamental¹³, o seu enquadramento como direito autônomo, desindexado de outros direitos e garantias fundamentais, perde espaço, tanto em termos de direito nacional¹⁴, quanto em termos do direito internacional dos direitos humanos¹⁵. Nesse ínterim, propugna-se que a saúde engloba não só o tratamento de doenças, mas sim a busca da qualidade de vida e bem estar, seja através do tratamento das enfermidades, seja através de programas de combate à propagação de doenças, seja ainda no aspecto

¹⁰ Ainda que o direito a uma morte digna não corresponda, de forma direta, ao direito à saúde, que, salvo melhor juízo, pressupõe o direito à vida, as condições da saúde física e psíquica do paciente se relacionam com uma possível compreensão dos casos de eutanásia e ortotanásia, enquanto garantia de um direito fundamental. Para um ensaio de direito nacional e comparado, cf. HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O Direito de Autodeterminação do Paciente, in: *Revista da Ajuris*, nº 118, junho de 2010. pp. 253-279.

¹¹ Cf. SCHWARTZ, op. cit., p. 41.

¹² GROSS, op. cit., p. 295.

¹³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 81.

¹⁴ Segundo o entendimento de José Luiz Bolzan de Moraes, a saúde relaciona-se com a própria noção de cidadania, que não prescinde, por sua vez, de uma certa qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico, de modo a proporcionar o bem coletivo. Cf. MORAIS, José Luiz Bolzan. de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

¹⁵ Aqui, basta aludirmos à abertura conceitual supracitada do direito à saúde levada a cabo pela Organização Mundial da Saúde “A saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade”, assim como pela referência à sua vinculação com o direito à alimentação, habitação, saneamento, recreio, promoção das condições econômicas e de trabalho, e de outros fatores de higiene do meio ambiente (Constituição da Organização Mundial da Saúde OMS/WHO, art. 2, i).

atinentes à proteção e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável¹⁶.

Nada obstante, o conteúdo do direito fundamental à saúde e a forma de sua concretização diferenciam-se conforme sua forma de positivação nos textos constitucionais e a forma de sua regulamentação em termos de direito infraconstitucional. Destarte, na sequência, será desenvolvida uma análise dogmática do direito à saúde, a partir do direito constitucional positivo brasileiro, estabelecendo sua peculiaridade normativa e sua forma de concretização no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Direito à Saúde como direito e dever fundamental no Direito brasileiro

Antes de discorrermos acerca do regime jurídico-constitucional brasileiro, relativamente no que atine ao direito fundamental à saúde, cumpre destinarmos breves comentários sobre o estado da arte em termos de direito internacional dos direitos humanos, tanto pela influência que este exerceu quando da elaboração do texto constitucional pátrio, que de resto se verificou em diversos países da América Latina¹⁷, quanto pela possibilidade de sua aplicação interna pelos mecanismos jurídicos de abertura constitucional¹⁸.

Especialmente após o segundo pós-guerra, a saúde pública e individual foram objetos de intensa preocupação por parte dos organismos internacionais. A Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, estipulava, em seu art. 13. 1, o comprometimento dos Estados signatários à cooperação internacional no âmbito do direito sanitário. A famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos,

¹⁶ Cf., MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental*. Proibição de Retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 103-4. Para o autor, a garantia de um “mínimo existencial ecológico”, consubstanciador, juntamente com a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana, de um princípio da retrogradação socioambiental, constitui, entre outros, a condição estruturante de um Estado Socioambiental e Democrático de Direito, garantidor de um ambiente equilibrado e saudável, tendo como norte o direito fundamental à vida e a manutenção das bases que a sustentam, na qual podemos incluir o direito fundamental à saúde.

¹⁷ Em termos de direito à saúde na Colômbia, cf. o nosso Decisão da Corte Constitucional da República da Colômbia – T-760, Proferida aos 31 de Julho de 2008 – Um Marco Jurídico para o Direito à Saúde na Colômbia, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, nº 11 – abr/jun. 2010.

¹⁸ A Título exemplificativo, o § 2º, do art. 5º, da CF/88, consagrando a abertura material do catálogo dos direitos fundamentais a outros direitos decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

aprovada pela resolução nº 217 da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, ratificou, no art. 25, a saúde, individual e familiar, como direito humano. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, incorporando em seu texto normativo a dimensão negativa do direito à saúde, e o próprio “efeito horizontal” desta posição jurídica, no seu art. 21, limitava o direito de reunião em prol da preservação da saúde pública. Assim também, como não poderia deixar de ser, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil tão somente após o término da ditadura militar, concentrou esforços na proteção da saúde da criança e do adolescente, e na dimensão progressiva deste direito, prescrevendo que toda a pessoa tem o direito de desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental¹⁹. Ainda podemos colacionar a Declaração de Alma-Ata, proclamada a partir da Conferência Internacional sobre Saúde Básica, entre 6 e 12 de setembro, de 1978, e a Declaração Mundial da Saúde, de 1998, ambas elaboradas no sistema da Organização Mundial da Saúde e enfatizando o direito à saúde como direito humano.

No direito positivo brasileiro, o direito à saúde está expressamente consagrado nos arts. 6º, *caput*, e 196, *caput*, da Constituição Federal de 1988²⁰, doravante CF/88, de modo que, pela sua dicção normativa, pode ser

¹⁹ Cf. CORRÊA, Anelize Maximila; PAULSEN, Carolina Moreira; MOLIN, Lúcia Dal. *Direitos Humanos*. Documentos Básicos. Pelotas: EDUCAT, 2005.

²⁰ Art. 6º, *caput*, CF/88 “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”; art. 196, *caput*, CF/88 “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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”. Outras referências constitucionais expressas que se reportam ao direito à saúde: art. 197, *caput* “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”; art. 225, *caput* “Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”; no que pertine aos direitos dos trabalhadores, ainda colacionamos o direito fundamental ao salário mínimo que atenda as condições básicas de saúde, dentre outras: art. 7º, inc. IV “Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

caracterizado como típico direito-dever fundamental²¹. Neste sentido, os deveres conexos e correlacionados têm sua origem a partir da conformação constitucional do próprio direito fundamental, de tal modo que, como explicitam Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, o objeto dos deveres fundamentais derivados do direito à saúde guarda um vínculo de correlação com as diferentes formas pelas quais esse direito é realizado²². Os deveres fundamentais relacionados ao direito à saúde tanto podem ser obrigações originárias, como no caso de políticas de implementação do SUS, da aplicação mínima constitucional dos recursos orçamentários em saúde e o dever geral de respeito à saúde, quanto obrigações derivadas, entendidas aquelas que necessitem de legislação infraconstitucional reguladora²³. Nada obstante, é, no mínimo, curioso que tão somente em 1988 o constitucionalismo brasileiro tenha resolvido enquadrar o direito à saúde como direito fundamental, de modo que se traduziu num dos principais avanços (se não o principal) da CF/88 em relação aos textos constitucionais pretéritos²⁴.

Como direito fundamental, o direito à saúde pressupõe o acesso a tratamentos condignos, por todos, de forma igualitária, independentemente de sua situação econômica, de acordo com o estado atual da ciência médica²⁵. É neste sentido que podemos afirmar, com base no texto constitucional, que o acesso à saúde no Brasil prescinde de qualquer contraprestação pecuniária do seu titular. Independentemente da eficiência econômica à Administração Pública, ou até sob a ótica de uma melhor alocação de recursos, a positivação do acesso igualitário e universal prevista no texto constitucional brasileiro (art. 196, *caput*), além da gratuidade das ações e serviços de saúde estipulada no art. 43 da Lei 8080/90, inclusive em relação aos serviços privados contratados

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algunas Consideraciones sobre el Derecho Fundamental a la Protección y Promoción de la Salud a los 20 Años de la Constitución Federal de Brasil de 1988, in: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Org.). *La Protección Judicial de Los Derechos Sociales*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito/Equador, 2009. p. 250.

²² Dentre outros, podemos colacionar o dever de proteção da saúde mediante a edição de normas penais de proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública, assim como diversas normas administrativas no âmbito da vigilância sanitária.

²³ SARLET; FIGUEIREDO. *op. cit.* p. 251.

²⁴ O direito à saúde como direito constitucional fundamental remonta aos idos de 1948, positivado na Constituição italiana, além das posteriores constituições portuguesa (art.64), espanhola (art. 43) e guatemalteca (art.93-100).

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 185.

pela Administração Pública, impede que o fornecimento de prestações na área de saúde pelo Poder Público se baseie na lógica mercantil do setor privado, a partir da contraprestação pecuniária, não importando a situação econômica individual do titular do direito²⁶.

Desta posição jurídica, extrai-se também a sua oponibilidade *erga omnes*, ainda que em intensidade variada, no sentido de que vincula, através de condutas positivas ou omissivas, tanto o Estado, quanto os particulares, na proteção e promoção do direito à saúde. Esta dúplici vinculação, juridicamente vertical e horizontal, decorre da asserção de que direitos sociais também são direitos fundamentais, e como tais, passíveis de violações oriundas do Estado e, inclusive, dos particulares, e pelo núcleo existencial garantido pelo princípio da dignidade da pessoa humana²⁷. Sobre o aspecto referente à chamada “eficácia horizontal” do direito fundamental à saúde, remetemos o leitor ao tópico específico, onde desenvolvemos de modo pormenorizado a matéria (parte I, 2.5).

Como dever fundamental, exposto na norma contida no art. 196, da CF/88: “a saúde é um direito de todos e dever do Estado (...)”, a saúde reivindica uma gama de posições jurídicas individuais e coletivas, assim como de natureza política e social, que se configuram a partir da concretização do direito à saúde²⁸. Dentre estes, encontram-se o dever geral de respeito à saúde pública, assim como a proteção da saúde de cada pessoa, inclusive contra si mesma, decorrente da dimensão irrenunciável, ainda que parcialmente, dos direitos fundamentais; deveres de elaboração legislativa e implementação de políticas públicas direcionadas à realização do direito à saúde, assim como o dever de abstenção quando da sua implementação²⁹, o dever de regulamentação estatal

²⁶ Em sentido contrário, utilizando como argumentos o princípio da proporcionalidade, a previsão constitucional da existência de sistemas privados de serviços de saúde e o recurso hermenêutico de que do princípio da universalidade não se extrai, necessariamente, um princípio de gratuidade do acesso, cf., SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 326-7.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado, in: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 16, nº 61, jan/mar. 2007. p. 108.

²⁸ Cf. SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 249-252.

²⁹ Cf., por todos, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 339. A título ilustrativo, cf. também a decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, relativamente à proibição da revogação de lei que consagrava o Serviço Nacional de Saúde português, sob pena de omissão inconstitucional (Ac TC 39/84).

do mercado, relativamente aos planos privados de saúde e aos preços dos medicamentos, e o dever de elaboração de políticas assistenciais gerais de combate à pobreza.

2.2 Da fundamentalidade formal e material do Direito à Saúde

De acordo com a doutrina hegemônica, os direitos fundamentais desfrutam de fundamentalidade em sentido duplo, a formal, concernente ao *status* constitucional que as normas definidoras destes direitos dispõem, e a material, relativa, por sua vez, à importância do conteúdo e do significado de tais direitos³⁰. Como modelo paradigmático e singular em nossa história constitucional de Constituição do tipo material está a Constituição Política do Império do Brasil, outorgada aos 25 de março de 1824, cujo art. 178 preceituava “é só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições específicas dos poderes políticos, e aos direitos políticos, e individuais dos cidadãos. Tudo, o que não é constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”. O critério utilizado é tão somente o conteúdo da norma, e não o processo de sua formação.

A fundamentalidade formal dispensa a fundamentação valorativa dos direitos fundamentais, pois já expressam uma decisão política fundamental democrática. Neste sentido, representam posições jurídicas consagradas na Constituição por decisão expressa do constituinte originário, dispondo, ademais, através das chamadas “cláusulas pétreas”, de proteção formal e material no processo de reforma constitucional (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF/88). Trata-se de uma decisão de auto-vinculação democrática, impondo restrições formais e materiais à maioria parlamentar³¹.

Em sua acepção material, a fundamentalidade dos direitos fundamentais decorre do seu conteúdo e relevância social, já que prescrevem decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade. Eles fazem parte da

³⁰ Entendimento político-social exsurgido ainda à época da República de Weimar, denominando os direitos fundamentais enquanto um sistema de valores *Wertsystem*. Cf. MICHAEL; MORLOK, op. cit., p. 39-40.

³¹ NEUNER, Jörg. Os Direitos Humanos Sociais, in: *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, nº 7, jan/jun. de 2006. p. 341.

Constituição material de um determinado Estado que, necessariamente, deve estar aberto para reconhecer novos direitos fundamentais construídos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, equiparando-os aos direitos formalmente fundamentais. O art. 5º, § 2º da Constituição brasileira recepiona a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, tanto aqueles que se encontram fora do catálogo ou em tratados internacionais, mas que por seu conteúdo e importância adquirem *status* privilegiado no ordenamento jurídico, quanto os implícitos e decorrentes dos princípios e do regime adotado pela República Federal³².

A par do escólio acima delineado, a fundamentalidade material do direito à saúde pode ser identificada na relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, que se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida – e vida com dignidade, que implica vida saudável e com certa qualidade, portanto como a garantia das condições necessárias ao desfrute dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive em sentido da viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e da sua personalidade. Já a fundamentalidade em sentido formal se desenvolve em três aspectos, a saber, o direito à saúde como parte da Constituição escrita se situa no vértice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se de norma de superior hierarquia axiológica, como de resto os demais direitos fundamentais; se encontra subordinada aos limites formais e matérias de reforma da constituição (cláusulas pétreas); e, por último, decorre da aplicabilidade imediata do que trata o § 1º, do art. 5º, da CF/88³³.

2.3 A Dupla Perspectiva Prestacional e Defensiva do Direito à Saúde

Os direitos fundamentais assumem, segundo seu espectro funcional, características defensivas e prestacionais na relação Estado-cidadão³⁴. Os

³² SARLET, op. cit., p. 78-9.

³³ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 248-9.

³⁴ STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 2º ed. C.F. Müller Verlag: Heidelberg, 2000. p. 23-4.

direitos a prestações abrangem tanto as prestações normativas, como o direito de participação na organização e no procedimento, quanto prestações fáticas, relacionadas, por seu turno, a prestações sociais materiais em sentido mais estrito, como, por exemplo, no contexto alemão, o direito fundamental ao mínimo existencial³⁵.

Já tivemos a oportunidade, quando da delimitação dogmática estrutural dos direitos sociais, de afirmar a dúplice característica dos direitos sociais enquanto direitos positivos e direitos negativos, de modo que agora nos ateremos ao campo específico do direito fundamental à saúde, que, em termos práticos, aponta para uma complexa rede de prestações e abstenções, tanto do Estado, quanto em relação aos atos de terceiros.

2.3.1 Direito à Saúde como direito de defesa

Foi neste sentido, como direitos de defesa, que a teoria dos direitos fundamentais foi originalmente concebida, impondo limitações constitucionais ao Estado frente à liberdade dos indivíduos. Trata-se de direitos que consubstanciam posições subjetivas negativas, obrigando o Estado a abster-se no domínio da liberdade e dos direitos individuais dos cidadãos, assegurados pela Constituição, configurando-se em um verdadeiro imperativo de omissão estatal “*Unterlassungsgebot*”. Importa deixar consignado que, a despeito desta categoria específica de direitos fundamentais proibir ingerências do Estado no âmbito da liberdade pessoal, nem todas elas são vedadas, mas apenas aquelas que contrariarem a Constituição. Em outros termos, a função defensiva dos direitos fundamentais não implica a exclusão por completo do Estado, de tal sorte que o imperativo da omissão diz respeito única e exclusivamente aos atos estatais não vinculados a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental determinadas pela Constituição³⁶.

Para Gomes Canotilho, os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa sob dupla perspectiva, seja num plano jurídico-objetivo,

³⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2º Ed. Frankfurt a.m: Suhrkamp, 1994. p. 410. Cf. também, ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: LEGIS, 2005. p. 35.

³⁶ SARLET, op. cit., p. 168.

consubstanciado nas normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo ingerências destes na esfera jurídica individual, seja no plano jurídico-subjetivo, o qual abrange o poder de exercer positivamente direitos fundamentais, exigindo omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos³⁷. Ademais, mister distinguir os conceitos de direitos de defesa e direitos individuais, já que muitas vezes são qualificados como sinônimos na doutrina nacional e estrangeira. Os direitos individuais se prestam a tutelar os interesses jurídicos da pessoa individualmente considerada, independentemente de sua dimensão coletiva, recepcionando tanto os direitos de defesa, quanto os direitos sociais prestacionais³⁸.

Ainda que, à primeira vista, o direito à saúde seja facilmente identificável enquanto um típico direito prestacional, designadamente quando se pensa na sua dimensão curativa e promocional, não podemos olvidar, sob pena de flagrante redução eficaz e déficit de efetividade, da sua dimensão negativa, vinculativa do Estado, dos demais Estados estrangeiros, e dos particulares em geral.

O direito fundamental à saúde, por envolver uma complexidade de diversas posições jurídicas relativamente ao seu objeto, reconduz, claramente, a noção de um direito fundamental que contempla, simultaneamente, as noções de direito de defesa e direito a prestações. Como direito de defesa (ou direito negativo), o direito à saúde imprime a garantia da saúde individual e da saúde pública contra ingerências indevidas por parte do Estado ou de sujeitos privados, individual e coletivamente considerados³⁹. Alguns casos empíricos poderiam ser colacionados a título exemplificativo, como a proibição de empreendimentos (indústria, comércio, etc.) que degradem o meio ambiente ou causem danos à saúde, tanto na sua perspectiva individual, quanto coletiva, da mesma forma a proibição da ofensa à integridade física e corporal de outrem.

³⁷ CANOTILHO, op. cit., 408.

³⁸ Ibidem, p. 169.

³⁹ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., 254.

2.3.2 Direito à Saúde como Direito a Prestações

A concepção dos direitos fundamentais como direitos a prestações surgiu num contexto histórico onde se verificou que a mera positivização de normas que atribuíam posições jurídicas atinentes à limitação do Poder estatal não era suficiente para a garantia da liberdade real dos indivíduos. A igualdade jurídica, interpretada na sua aceção formal e abstrata, foi posta em xeque, especialmente pela sua incapacidade de corresponder de forma igualitária às distintas condições materiais da população⁴⁰. Neste sentido, as Constituições, influenciadas pelos movimentos reivindicatórios do século XIX, inspirados, por seu turno, especialmente no marxismo e na doutrina social da Igreja, iniciaram um processo de constitucionalização de direitos sociais, que permitiam ao indivíduo exigir do Estado uma atuação positiva que melhorasse sua condição de vida, inclusive no sentido de possibilitar o exercício das liberdades negativas.

As prestações a que estes direitos se destinam podem se materializar sob duas maneiras distintas, ou seja, sob a forma de prestações fáticas, que se referem ao acesso a bens ou serviços sociais, ou como prestações normativas, que constituem a criação de normas jurídicas que tutelam direitos individuais, como por exemplo, a obrigação do Estado de legislar sobre as férias remuneradas (art. 7º, inc. XVII, da CF)⁴¹.

Na concepção de Gomes Canotilho, os direitos a prestações significam, em sentido estrito⁴², direito do particular a obter algo através do Estado (saúde,

⁴⁰ Objeto de crítica desde Anatole France, através da conhecida ironia segundo a qual “os pobres devem trabalhar perante a majestosa igualdade da lei, que proíbe ao rico como ao pobre pernoitar debaixo das pontes, mendigar nas ruas e roubar pão”. Cf. FRANCE, Anatole. *O Lírio Vermelho*. Rio de Janeiro: Pongetti, 1942. p. 85. Neste sentido, remetemos à crítica de Luís Roberto Barroso à igualdade jurídico-formal da Constituição Imperial do Brasil, que, nada obstante o seu art. 179, inciso XIII, que dispunha sobre o princípio da isonomia, conviveu, durante quase toda sua vigência, sem maiores constrangimentos ou perplexidades, com os privilégios da nobreza, com o voto censitário e com o regime escravocrata. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 12.

⁴¹ MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.

⁴² Com efeito, o autor lusitano acolhe a distinção conceitual formulada por Alexy que compreende os direitos a prestações em sentido amplo, composto pelas seguintes categorias: a) direitos à proteção; b) direitos à participação na organização e procedimento; e c) direitos a prestações materiais sociais (sentido estrito). Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2º Ed. Frankfurt a.m.: Suhrkamp, 1994. p. 410.

educação, segurança social). Nada obstante, para o autor – e como corolário do conceito estrito de direitos sociais desenvolvido por Robert Alexy –, caso o particular tenha meios financeiros suficientes e se houver resposta satisfatória do mercado à procura dos bens sociais, a satisfação de suas pretensões sociais deverá ser obtida através do comércio privado⁴³.

Ademais, cumpre referência, ainda que não reconduzível à categoria jurídica de direitos a prestações sociais, ao dever geral do Estado de proteção perante terceiros, teoria consagrada na Alemanha sob o rótulo de *Grundrechtliche Schutzpflicht*⁴⁴. Neste sentido, da garantia constitucional de um direito resulta um dever do Estado de adotar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas praticadas por terceiros⁴⁵. Diferentemente do que ocorre com os direitos a prestações, a relação, aqui, se dá entre indivíduos, obrigando também o Estado a garantir a observância dos direitos fundamentais quando da concretização das normas que regulam o direito privado.

A função prestacional dos direitos fundamentais está associada, fundamentalmente, a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, quais sejam a) ao problema dos direitos sociais originários, os quais podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais, b) ao problema dos direitos sociais derivados, que reconduz à exigência de uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais, sob pena de omissão inconstitucional, e o direito de exigir e obter participação igual nas prestações criadas pelo legislador “*Teilhaberechte*”, e c) se tais normas tem uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes – independentemente de direitos subjetivos – a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições, serviços e fornecimento de prestações. Segundo Gomes Canotilho, os itens “a” e “b” tendem a gerar maiores controvérsias, de modo que, a seguir, nos proporemos, em tópico à parte,

⁴³ CANOTILHO, op. cit., p. 408.

⁴⁴ Derivados da noção de direitos fundamentais enquanto princípios, ou seja, enquanto obrigações abstratas, que visam a proteção dos direitos fundamentais sempre que não for suficiente a mera abstenção estatal, inclusive contra privados. MICHAEL; MORLOK, op. cit., p. 255. Cf., também DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

⁴⁵ CANOTILHO, op. cit., 409.

discorrer especificamente sobre o tema. Já em relação ao item “c”, o constitucionalista de Coimbra é categórico ao afirmar que as normas consagradoras de direitos sociais individualizam e impõem políticas públicas socialmente ativas⁴⁶.

Como direito a prestações, o direito fundamental à saúde reivindica a realização de atividades positivas por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que assegurem a fruição do direito. Em sentido amplo – e aqui acolhemos a distinção traçada por Robert Alexy quanto às ramificações relativas aos direitos prestacionais em sentido amplo – além das medidas oriundas da sua dimensão jurídico-objetiva que vincula o Estado a atuar na proteção contra ingerências de terceiros (deveres de proteção), resulta também a organização de instituições, serviços, ações, procedimentos sem os quais não seria possível o exercício fático desse direito fundamental, o que, por sua vez, remonta ao *status activus processualis*, do qual falaremos a seguir. Em sentido estrito, a dimensão prestacional pressupõe o fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental, como atendimento médico-hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, prestação de tratamento, e todas as demais medidas necessárias à proteção efetiva da saúde do indivíduo⁴⁷.

3. A Assim Chamada “Judicialização” em Perspectiva Constitucional – O Papel do Poder Judiciário na Efetivação do Direito à Saúde

A “Judicialização”⁴⁸ da política, e das relações sociais de uma forma genérica, constitui um fenômeno cada vez mais presente no âmbito da produção

⁴⁶ CANOTILHO, op. cit., 409.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 198 e ss.

⁴⁸ O termo “judicialização” é um neologismo, que não pode ser identificável no léxico gramatical da língua em geral. No contexto alemão, ele remonta ao debate sobre questões fundamentais da relação entre Direito e Sociedade, e Direito e Política, ainda à época da República de Weimar. O termo foi utilizado pela primeira vez por Hugo Sinzheimer, em ensaio intitulado “Die Zukunft der Arbeiterräte”, publicado no ano de 1919, o qual descreveu a mudança do papel exercido pelos sindicatos na Alemanha. Cf. NUSSBERGER, op. cit. p. 462.

acadêmica e no debate judicial brasileiro, sobretudo quando se trata do tema relacionado aos direitos sociais”⁴⁹. Com especial agudeza, o caso do direito à saúde, por lidar com situações que, não raro, requerem premência no seu julgamento – sob pena, inclusive, de morte do litigante – e que, por outro lado, lida com o permanente incremento da tecnologia médica, o que, *ipso facto*, põe em causa, inexoravelmente, a questão orçamentária dos custos da saúde, especialmente face a um ordenamento jurídico, como o brasileiro, que possui um amplo espectro normativo de garantia do direito à saúde, individual e coletiva, tem se revelado de difícil solução para o Poder Judiciário⁵⁰.

O termo “Judicialização” ou “Ativismo Judicial” pode ser conceituado como a atuação do Poder Judiciário em questões que, tradicionalmente, sempre foram compreendidas como políticas⁵¹, ou seja, questões que concernem a um âmbito de decisão coletiva⁵². Trata-se, em outros termos, tanto do controle jurisdicional da vontade do soberano *Hobbes* – exercido, tipicamente, pelo controle abstrato de constitucionalidade –, quanto pela aplicação direta da Constituição a determinadas situações⁵³. A democratização social, tal como se apresenta no

⁴⁹ Cf., estudo seminal de José Reinaldo de Lima Lopes intitulado *Direitos Sociais – Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 185 e ss.

⁵⁰ É inegável o alto nível de preocupação do Poder Judiciário brasileiro em relação à “Judicialização” do Direito à saúde, atrelada ao binômio garantia constitucional-impacto econômico, posta a lume na convocação pelo, à época, presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, de Audiência Pública sobre Direito à saúde, em abril de 2009, com a participação de vários segmentos da sociedade civil.

⁵¹ Cf., instigante ensaio de Tiago Lopes Coelho, sobre a impossibilidade de se delimitar de forma pré-determinada e estagnada as áreas do Direito e da Política, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais pelo Controle Judicial de Políticas Públicas: entre a auto-contenção e a necessária consideração da macro-justiça*, in: PINTO, Élide Graziane; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre (Org.). *Judicialização, Orçamento Público e Democratização do Controle de Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010. p. 56-9.

⁵² LOPES, op. cit., p. 163.

⁵³ Em período recente, os seguintes temas foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros Tribunais: a) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da previdência, relativamente à contribuição dos inativos, e da Reforma do Poder Judiciário, com a criação do Conselho Nacional de Justiça; b) Relações entre Poderes: determinação dos limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito e o papel do Ministério Público na investigação criminal; c) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção de gestação em hipóteses de inviabilidade fetal e as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias; d) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinatura telefônica, aumento do valor das passagens de transporte coletivo, fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde privados, etc. cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 384-5.

Welfare State, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro, após a derrota do nazi-fascismo e depois, na década de 1970, com o desmonte dos regimes autoritário do mundo ibero-americano, exurgindo Constituições informadas pela positivação de direitos fundamentais, estariam, de acordo com o estudo empreendido por Werneck Vianna, Resende de Carvalho, Cunha Melo e Baumann Burgos, no centro do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, incluindo o Poder Judiciário no espaço da Política⁵⁴.

O elemento essencial como ponto de partida para a compreensão de qualquer teoria moderna sobre a “judicialização” radica na observação do crescimento quantitativo de normas jurídicas, ou seja, da cada vez mais intensa ação do legislativo na construção do Direito, característica típica das sociedades modernas. Nada obstante, tal aspecto quantitativo não tem, pura e simplesmente, o condão de abranger toda a análise sobre a verdadeira problemática da judicialização que, pelo contrário, refere-se muito mais às condições e aos efeitos destas normas em relação ao Estado, à sociedade, aos cidadãos e ao próprio Direito⁵⁵.

Chegamos talvez, no Brasil, ao auge do debate acerca dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário, originado da transição de um Judiciário periférico, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, para um Judiciário que, cada vez mais, se mostra como uma instituição central da democracia, designadamente em relação à sua expressão propriamente política, assim como sob a perspectiva da sua intervenção no âmbito social⁵⁶. Vários foram os fatores à consecução desta guinada de

⁵⁴ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22. Neste cenário, afirmam os autores, o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação da cidadania, configurando uma ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas.

⁵⁵ NUSSBERGER, op. cit., p. 463.

⁵⁶ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann, op. cit., p. 22. Em estudo empreendido pelos autores, constatou-se, num período compreendido entre 1988 e 1998, um número crescente de Adins ajuizadas por governadores, procuradores, associações de classe e partidos políticos, tendo por objeto um amplo espectro de interesses, desde o mais particular até os de caráter universalista, de modo que os Tribunais, a partir da apropriação dos mecanismos constitucionais pela “comunidade de intérpretes”, cada vez mais tem levado a jurisdição para todos os âmbitos da vida social. Neste

posicionamento do Poder Judiciário brasileiro, dentre os quais destacam-se o distanciamento progressivo das ações governamentais em relação ao texto constitucional aprovado em 1988, objetivando um alinhamento do país às exigências da chamada globalização e ao mercado enquanto instância última determinante da vida social; o aumento significativo da conscientização dos indivíduos acerca dos seus direitos; a ascensão institucional do Poder Judiciário; e a incorporação ao ordenamento jurídico pátrio de mecanismos de tutela como a ação civil pública e o código de defesa do consumidor, além da significativa ampliação dos legitimados à proposição de ações diretas de inconstitucionalidade⁵⁷.

3.1 Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito à Saúde: Uma leitura crítica a partir do Direito Constitucional Positivo Brasileiro

Na busca de critérios para a “judicialização” dos direitos sociais, e de forma específica, do direito à saúde, cada vez mais avultam, no Direito brasileiro, duas categorias que, paradoxalmente, não se constroem a partir do Direito Positivo, mas que se depreendem a partir de argumentos estranhos à dogmática jurídica, nomeadamente da Filosofia Política e da Economia. Trata-se do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”.

Tanto o conceito de “mínimo existencial”, quanto de “reserva do possível”, são construções forjadas, originariamente, no âmbito da doutrina e jurisprudência alemã, de tal sorte que, inicialmente, enfrentaremos o problema sob a perspectiva tedesca.

Na Alemanha, o combate às necessidades sociais, no sentido de retirar as pessoas de situações de pobreza extrema, era compreendido, inicialmente, como um problema de estabilidade interna da sociedade, e não como uma questão de dignidade individual das pessoas. Tentava-se combater as situações

sentir, foi apontado o papel desempenhado pelos governadores que conduzem o Supremo Tribunal Federal a exercer funções de Conselho de Estado, designadamente em relação à racionalização estrutural e organizacional da Administração Pública, impedindo corporativismos, privilégios e particularismos, assim como as Associações de classe que fazem do STF partícipe nas questões da vida social, como regulação do mercado de trabalho, política econômica e social, e, mediante a concessão de liminares nas Adins que contestam Medidas Provisórias, transforma-o em colaborador indireto na produção legislativa.

⁵⁷ LOPES, op. cit., p. 229.

de necessidade através de meios policiais, especialmente por meio de prescrições que proibiam a mendicância, ao mesmo tempo que criavam casas de trabalho para a população. Nada obstante, a garantia de assistência social levava a perda automática, pelo beneficiado, do direito ao voto, assim como a limitação da livre escolha de residência. Tratava-se, salvo melhor juízo, de um „estímulo“ para que as pessoas não dependessem da assistência estatal. Estas consequências restritivas da cidadania só seriam abolidas do sistema jurídico alemão com a pressão exercida pelos veteranos de guerra (1914-1918), como forma de um „agradecimento da pátria“.⁵⁸

A partir da instituição da primeira República alemã, e a consequente entrada em vigor da Constituição de Weimar, em 11 de agosto de 1919, além da supremacia política na Alemanha dos social-democratas pós guerra-civil⁵⁹, o ambiente jurídico-político acerca das prestações sociais materiais à população começa a ganhar novos contornos e uma nova perspectiva jurídica. Com efeito, um primeiro impulso decisivo nesta direção proveio do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha (BVerwGE 1, 159), dispondo sobre os princípios fundamentais para a assistência pública/social⁶⁰. A pedra fundamental para uma análise conjunta do princípio do Estado Social, dignidade humana e dos direitos fundamentais foi lançada por esta decisão. Neste sentido, o Tribunal entendeu que as normas infraconstitucionais que preveem prestações sociais são direitos subjetivos fundamentais, pois se relacionam com o art. 1º, 2º, 3º, 20 e 79, § 3º da Lei Fundamental, extraíndo-se, ademais, como fundamento principal, o fato de que “seria incompatível com um Estado democrático que um número significativo de cidadãos, que participam da formação da vontade estatal como

⁵⁸ Cf., por todos, WALLERATH, Maximilian. Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums. Ein Beitrag zur Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, in: *Juristen Zeitung* 4, 63 Jahrgang, 15. Februar 2008, p. 158.

⁵⁹ Nas eleições para a formação da Assembleia Constituinte de Weimar, os social-democratas (SPD/USPD) foram os mais votados, elegendo, em 11 de fevereiro de 1919, Friedrich Ebert como primeiro presidente do Reich. Para um estudo sobre o rearranjo político-institucional da Alemanha após a primeira guerra mundial, cf., LOUREIRO, Isabel. *A Revolução Alemã [1918-1923]*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

⁶⁰ Esta decisão compartilhou com o entendimento de um número significativo de juristas alemães, dentre os quais destacam-se Otto Bachof *VVDStRL* 12 (1954) e M. Herdegen, in: *Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar*, art. 1 § 1 Rn 114.

eleitores, ao mesmo tempo se defrontem com a ausência de proteção jurídica da sua própria existência”⁶¹.

Conforme ensina Ingo Sarlet, uma das principais influências exercidas pela ordem constitucional alemã, assim como por seus teóricos e sua produção jurisprudencial, na doutrina e jurisprudência brasileiras, foi, dentre outras, a noção de um mínimo existencial em matéria de direitos sociais⁶². Sua receptividade, por aqui, foi a melhor possível, salvo vozes isoladas que, diferentemente do pensamento dominante, se posicionam a favor de um absoluto esvaziamento normativo/constitucional dos direitos sociais, de modo que em qualquer hipótese, inclusive quando estiver em causa o “mínimo existencial”, o fator prevalente deverá ser sempre as possibilidades orçamentárias do Estado⁶³.

Na doutrina brasileira, já há diversos posicionamentos concernentes ao conteúdo do designado “mínimo existencial”. Ana Paula de Barcellos o conceitua a partir de quatro elementos jurídicos, três materiais, consubstanciados na educação fundamental, na saúde básica e na assistência aos desamparados, e um instrumental, relacionado ao acesso à Justiça. Esses quatro pontos corresponderiam ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, por consequência, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário⁶⁴. Desde já, tal conceituação expõe uma clara contradição, exurgida a partir da incorporação de critérios meta-jurídicos à dogmática constitucional. Não há como fundamentar o direito à saúde num “mínimo existencial” desde a perspectiva estrita da saúde básica, pela simples razão de que o próprio direito à vida restaria seriamente afetado ao se excluir uma gama de prestações na área sanitária como tratamentos de alta complexidade e acesso a medicamentos excepcionais, que, à evidência, não

⁶¹ WALLERATH, op. cit., p. 159.

⁶² Cf., SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 Anos e o Direito Constitucional Brasileiro: Algumas Aproximações, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 3, nº 7, abr/jun de 2009. p. 94.

⁶³ Neste sentido, AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha – Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 184-5; GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro, 2005.

⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

constituem prestações básicas, mas que são, em alguns casos, indispensáveis à própria sobrevivência do paciente.

Outro autor de grande influência que trata sobre o tema é Ricardo Lobo Torres, integrante do que poderíamos designar de Escola da UERJ de Direitos Fundamentais⁶⁵. Segundo o autor, baseado fortemente na doutrina alemã, os direitos econômicos, sociais e culturais são justiciáveis, no sentido de posições jurídico-subjetivas exigíveis judicialmente, apenas na medida em que constituam o conteúdo do “mínimo existencial”, este, por sua vez, compreendido como um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações estatais positivas, como ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública, etc⁶⁶. Para Lobo Torres, o conteúdo do direito ao “mínimo existencial” deve ser entendido no sentido que lhe dá a filosofia, ou seja, como direito ancorado no ser-aí (*Da-sein*) ou no ser no mundo (*in-der-Welt-sein*), integrando a estrutura de correspondências de pessoas ou coisas, em que consistiria o ordenamento jurídico⁶⁷.

Nesta senda, o mínimo existencial pode ser caracterizado como aquelas posições jurídicas prestacionais que integram o chamado *status positivus libertatis* (G. Jellinek), ou seja, os direitos sociais que se relacionam, em última análise, com a garantia da liberdade (proteção positiva dos direitos de liberdade)⁶⁸. Na esteira da doutrina dos direitos sociais de Lobo Torres, uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais é que enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre os direitos econômicos, sociais e culturais são meramente programáticas, no sentido de que se restringem a fornecer diretivas ou orientações para o legislador, de modo que não possuem eficácia vinculante. Em outras palavras, para o autor os

⁶⁵ No Brasil, grande parte da recente produção jurídico-literária sobre direitos fundamentais advém de juristas no âmbito do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, como é o caso de Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos, Daniel Sarmiento, Cláudio Pereira de Souza Neto, Gustavo Amaral, dentre outros.

⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35-6.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 36-7.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 241 e ss.

direitos econômicos, sociais e culturais não se submetem ao controle contra-majoritário do Poder Judiciário, e devem ser assegurados a partir da cidadania reivindicatória e do exercício da democracia deliberativa⁶⁹.

Na busca de uma conceituação da categoria “mínimo existencial”, e com enfoque diverso do supracitado autor, situa-se Ingo Sarlet, utilizando-a não apenas no que diz com a “judicialização” dos direitos sociais, e, em especial, do direito fundamental à saúde, mas também como argumento, dentre outros, para a fundamentação do chamado “princípio da proibição do retrocesso social”, assim como para uma possível vinculação jurídica dos particulares aos direitos fundamentais sociais, expressa na teoria da “eficácia horizontal”⁷⁰.

Conforme o autor, o direito a um mínimo existencial compreende tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado à garantia da sobrevivência) quanto o mínimo sociocultural, abrangendo além do direito à saúde, à educação, à moradia, à assistência e previdência social, também aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador, o direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica, bem como o direito a uma renda mínima garantida, assumindo a condição de uma cláusula aberta enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos, e que não pode ser tratada de forma insulada, apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela realidade do mundo circundante, considerando fatores climáticos, culturais e econômicos⁷¹. Vinculando expressamente a noção de “mínimo existencial” ao direito à saúde, enfatiza que aquele deve ser compreendido como “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”⁷².

Por fim, colacionamos o entendimento da atual ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha, que também se voltou para a tarefa de conceituação do chamado “mínimo existencial”. Para Antunes Rocha,

⁶⁹ TORRES, op. cit., p. 73.

⁷⁰ Remetemos o leitor para os itens 2.3.1.1 e 2.5, nos quais desenvolvemos as duas teorias.

⁷¹ SARLET, op. cit., p. 350. Da mesma forma, identificando a determinação necessariamente relativa do círculo de prestações que consubstanciam o mínimo existencial, a depender das relações gerais econômicas e do contexto jurídico da comunidade no qual se reconhece tal mínimo, cf., WALLERATH, op. cit., p. 165.

⁷² SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 196.

o “mínimo existencial” pode ser definido como o “conjunto das condições primárias sociopolíticas, materiais e psicológicas, sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente”⁷³. Neste sentido, o “mínimo existencial” atuaria como o conteúdo impositivo aos Poderes Públicos dos direitos fundamentais sociais e culturais, condicionando, destarte, as políticas públicas, permitindo que as pessoas libertem-se de situações de precariedade que os indisponham ao exercício dos direitos que lhes asseguram a dignidade humana⁷⁴.

Da teoria do “mínimo existencial”, podemos extrair algumas conclusões que, à luz do constitucionalismo brasileiro, indicam uma certa dose de prudência, especialmente quando se trata da incorporação de uma teoria forjada em um ambiente jurídico e social consideravelmente destoante do brasileiro, como é o alemão. Em primeiro plano, figura-se como questionável, no Brasil, a validade da argumentação que reduz o âmbito de proteção dos direitos fundamentais sociais, a partir de uma fundamentação filosófica dos mesmos, diafanamente inserida no contexto de uma Teoria da Justiça, de índole liberal⁷⁵. Como bem constata Maria Clara Dias, em estudo dedicado à exploração filosófica dos direitos sociais, tal fundamentação dos direitos “básicos” está atrelada a um conceito filosófico de liberdade, à liberdade negativa em sentido amplo (Alexy), em termos de proporcionar a possibilidade factual de se eleger alternativas de ação⁷⁶, realizável apenas a partir de um certo grau de distanciamento de situações de carência econômica⁷⁷.

Outro argumento contrário à utilização do “mínimo existencial” como categoria vinculada à justiciabilidade das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais é o que diz com sua intrínseca relação com a teoria

⁷³ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do possível, in: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, vol. 5, jan/jun de 2005. p. 448.

⁷⁴ *Ibidem.*, p. 450.

⁷⁵ RAWLS, John. *A theory of Justice*. Cambridge (MA): Harvard University, 1999; HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

⁷⁶ Isto significa, em outros termos, que a liberdade de direito de x, escolher ou não a ação y, é para x inútil, se x, por razões concretas, não tem a possibilidade de eleger entre a escolha ou não de y.

⁷⁷ DIAS, Maria Clara. *Os Direitos Sociais Básicos*. Uma Investigação Filosófica da Questão dos Direitos Humanos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 70 e ss.

dos direitos derivados a prestações, de modo que não se adequaria em países que consagram, ao nível da Constituição, direitos sociais. Neste sentido, Jorge Reis Novais põe a questão em termos de indagação: uma tal teorização, pura e simplesmente identificadora dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais de alguma forma justiciáveis, com mínimo existencial, reduzindo a essa dimensão toda a força jurídica dos direitos sociais, pode ser perfeitamente admissível numa constituição sem direitos sociais, como a alemã. Mas será o modelo compatível com Constituições, como a portuguesa ou a brasileira, que consagram na qualidade de direitos fundamentais um elenco pormenorizado e desenvolvido de direitos sociais?⁷⁸

A doutrina do “mínimo existencial” teve como *telos* o aumento da proteção jurídica dos direitos sociais garantidos pelo Direito infraconstitucional, que na Alemanha subjazem quase a sua totalidade, de tal sorte que, no contexto alemão, a teoria pode ostentar inegavelmente o qualificativo de “progressista”, já que amplia o âmbito de proteção, agora em sede constitucional, dos direitos sociais⁷⁹. Ademais, traduz-se em opção dogmaticamente correta, já que o texto constitucional alemão prevê a cláusula do Estado Social em seu art. 20, possibilitando a sindicabilidade na esfera judicial de prestações, ainda que mínimas, de Direito social⁸⁰.

Em se tratando de direito constitucional brasileiro, ou de qualquer Estado constitucional que preveja direitos sociais em sua Constituição, o efeito é inverso, ou seja, há uma redução do conteúdo normativo das correspondentes posições jurídicas (*Schutzbereich*) com a incorporação da doutrina do “mínimo existencial”. Ademais, sob o ponto de vista finalístico, cuida-se de uma

⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 197. Para uma resenha da obra, cf. TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, de Jorge Reis Novais, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, nº 11, abr/jun de 2010. p. 203-213.

⁷⁹ Cf. a mais recente decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha “*Bundesverfassungsgericht*” acerca do “mínimo existencial”, que se desenvolveu a partir da censura ao legislador ordinário por ter escolhido métodos estatísticos inadequados para a definição do nível mínimo de subsistência, e pela ausência de reconhecimento de prestações individuais excepcionais, que, de acordo com o caso concreto, sejam indispensáveis à manutenção de uma vida condigna. www.bverfg.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html

⁸⁰ Art. 20, I “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”.

construção jurisprudencial que buscou uma solução para o “problema” da não positivação de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental alemã, especialmente em relação à proteção jurídico-constitucional da seguridade social na Alemanha.

Ainda que, sob um aspecto pragmático, importemos a teoria do “mínimo existencial” para o cenário jurídico brasileiro, sob o argumento de que se trata de mecanismo apto a resolver os problemas clássicos da justiciabilidade dos direitos sociais, especialmente ligada à questão da separação dos poderes, ainda assim, tal teoria não teria muito a contribuir. Primeiramente, o nível de indeterminação e abstração dos direitos sociais em sede constitucional não se reduz pela sua mera transposição a um conceito de mínimo existencial, que, da mesma forma, apresenta dificuldades na busca de critérios objetivos para sua delimitação, relativamente ao argumento da observância do princípio da separação de poderes⁸¹. De outra banda, a incorporação de tal teoria atuaria em direção contrária ao desenvolvimento da atual dogmática dos direitos fundamentais enquanto direitos indivisíveis e interdependentes⁸², inclusive em termos de uma dogmática unitária⁸³, acentuando uma distinção tipológica, meta-jurídica, entre categorias de direitos fundamentais.

No Brasil, o Poder Judiciário já se manifestou diversas vezes vinculando a prestação social em saúde, ou seja, o objeto da demanda, ao conceito de mínimo existencial, principalmente nos casos em que estava em jogo, de um lado, a própria sobrevivência do demandante, ou a melhora de seu quadro de saúde, relacionado, por sua vez, ao princípio da dignidade da pessoa humana, e, de outro, preceitos constitucionais como separação de poderes e a correlata legitimidade democrática para alocação de recursos orçamentários⁸⁴.

⁸¹ NOVAIS, op. cit., p. 193.

⁸² Cf., PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁸³ NOVAIS, op. cit., p. 251 e ss.

⁸⁴ Neste sentido, dentre outros, ADPF 45/DF, min. Rel. Celso de Mello, julgada aos 29 de abril de 2004; AI 767681/GO, min. Rel. Cármen Lúcia, julgada aos 05 de novembro de 2010 (objeto de repercussão geral); SS 3989/PI, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada em 07 de abril de 2010; SL 256/TO, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada aos 20 de abril de 2010; STA 283/PR, min. Rel. Gilmar Mendes, julgadas aos 07 de abril de 2010; SS 3751/SP, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada aos 20 de abril de 2009, dentre outras.

Em retrospectiva histórica, as decisões do Supremo Tribunal Federal na conformação do objeto do direito à saúde – ainda que o tema tenha ganhado visibilidade tão somente a partir da multicitada decisão RE 271286/RS, de relatoria do ministro Celso de Mello, apontam para julgamentos que – majoritariamente –, embora concedendo as prestações estatais, especialmente no âmbito do fornecimento de medicamentos excepcionais, tiveram como base jurídica a pré-existência de Lei municipal, estadual e/ou federal, que fundamentava o pedido do autor⁸⁵. Há, inclusive, na jurisprudência pretérita do STF, decisões que, ignorando um núcleo mínimo exigível de prestações em matéria de assistência social em saúde, outorgavam prevalência ao princípio da separação de poderes e à correlata repartição de competências entre os entes da federação, designadamente no que atine à competência legislativa⁸⁶.

Relativamente ao conteúdo do objeto do direito à saúde, houve uma significativa ampliação pelo Supremo Tribunal Federal. Em uma das primeiras decisões do STF sobre direito à saúde, após a promulgação do texto constitucional de 1988, ficou assente a influência da nova Constituição sobre o posicionamento da Corte, especialmente no que diz com uma maior abrangência do objeto do direito à saúde, que, ao vincular este à proteção e promoção do meio-ambiente, inclusive em termos de meio-ambiente do trabalho, deferiu a cessação de atividades poluentes de indústria mineradora, no Estado do Mato Grosso do Sul⁸⁷.

Neste sentido, as mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal estão utilizando como critério de determinação do âmbito de proteção do direito à saúde a compatibilização entre o “mínimo existencial” e a cláusula da “reserva do possível”, designadamente quando estiver em causa a aplicação direta da norma constitucional que consagra o direito à saúde (art. 196, CF/88), ou seja, na qualidade de direito originário a prestações, frente à ausência de política

⁸⁵ Cf., dentre outras, RE 264645/RS, min. rel. Marco Aurélio, julgado aos 11 de abril de 2000; RE 246262/RS, min. rel. Marco Aurélio, julgado aos 17 de setembro de 1999;

⁸⁶ Cf., RE 259508 AgR/RS, min. rel. Maurício Corrêa, julgado em 08 de agosto de 2000. No julgamento de cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1595-8/SP, em 30 de abril de 1997, sob a relatoria do ministro Nelson Jobim, por maioria de votos, foi suspensa, por motivos de competência legislativa, a eficácia da Lei 9.495/1997, do Estado de São Paulo, que ampliava a cobertura dos planos privados de saúde, atingindo, inclusive, situações pretéritas, em que os tratamentos já estavam sendo realizados com base na supracitada Lei.

⁸⁷ SS 249/MS, min. rel. Rafael Mayer, julgada aos 13 de dezembro de 1988.

pública específica⁸⁸. Na jurisprudência pretérita do STF, há decisões que, ignorando um núcleo mínimo exigível de prestações em matéria de assistência social em saúde, outorgavam prevalência ao princípio da separação de poderes⁸⁹. Especialmente após o julgamento da ADPF 45, e a realização da Audiência Pública sobre Direito à Saúde, em abril de 2009, a jurisprudência tem se direcionado na utilização do conceito de mínimo existencial para a determinação do objeto do direito à saúde, não relacionada, necessariamente, à sobrevivência física do paciente, e pela desconstituição do argumento baseado no princípio da separação de poderes, quando em causa prestações originárias.

A partir da noção do mínimo existencial, a jurisprudência do STF vem determinando como objeto do direito à saúde tanto o fornecimento de medicamento, incluindo suplemento alimentar, não oferecido pelo Sistema Único de Saúde, desde que comprovada sua necessidade e eficácia no caso concreto, e aprovada pela ANVISA (SS 3989/PI; SS 4045/CE, ambas de relatoria do ministro Gilmar Mendes), como o fornecimento de equipamentos excepcionais para cirurgia (STA 283/PR, min. Rel. Gilmar Mendes), assim como prestações que viabilizem o tratamento médico fora do domicílio do paciente, como despesas de transporte, alimentação e pernoite no local do tratamento, especialmente face à inércia da Administração Pública (SL 256/TO, min. Rel. Gilmar Mendes). Por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento 767681/GO, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia, decidido aos 05 de novembro de 2010, foi posta como tema de repercussão geral a possibilidade do Poder Judiciário determinar reformas em estabelecimento prisional, ainda que ausente previsão orçamentária do Estado, objetivando a melhora das condições de higiene, aeração e saúde dos apenados, em estrita vinculação com a garantia do mínimo existencial.

3.2 “Judicialização” do Direito à Saúde e sua Dimensão Econômica – A cláusula da “Reserva do Possível”

⁸⁸ Já tivemos a oportunidade de nos manifestar no sentido de que grande parte do contingente judicial que perfaz a denominada “judicialização” do direito à saúde se refere, em primeira linha, ao não cumprimento de leis e políticas públicas já regulamentadas no âmbito infraconstitucional. Cf., STA 175 e SS 3989, ambas de relatoria do ministro Gilmar Mendes.

⁸⁹ Cf., RE 259508 AgR/RS, min. Rel. Maurício Corrêa, julgado em 08 de agosto de 2000.

Ao se tratar da efetivação judicial do direito à saúde, e dos direitos sociais de uma forma geral, comumente se aborda o tema a partir da sua dimensão econômica, imersa num conflito objetivo entre necessidades infinitas e meios finitos⁹⁰. Trata-se da chamada “reserva do possível”, construção teórica que condiciona a efetivação dos direitos sociais – originalmente vinculada à efetivação dos direitos sociais derivados a prestações “*Teilhaberechte*” –, à capacidade financeira do Estado⁹¹.

Com efeito, a teoria da “reserva do possível” ganhou contornos jurídicos mais precisos a partir do desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, destacando-se a multicitada decisão BVerfGE 33, 303 (333), chamada popularmente de decisão “*numerus clausus*”⁹². Tratou-se, na ocasião, do direito de acesso à vaga no ensino superior, na qual firmou-se o entendimento de que, além da disponibilidade orçamentária, era necessário a razoabilidade da prestação, no sentido de se aferir o que o indivíduo pode exigir razoavelmente da sociedade⁹³. Neste sentido, a “reserva do possível”, na esteira do que leciona Ingo Sarlet, se desdobra numa tríplice dimensão, abrangendo a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, relacionando-se com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras; e c) na perspectiva do titular de um direito a prestações sociais, a “reserva

⁹⁰ WALLERATH, op. cit., p. 157.

⁹¹ O princípio da reserva do possível “*vorbehalt des möglichen*”, para a doutrina alemã, não se reporta apenas à capacidade econômica do Estado, mas também ao respeito à liberdade de conformação do legislador de decidir sobre políticas públicas prioritárias, cf., por todos, MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 2^o ed. C.F. Müller, Heidelberg, 2000. p. 267 e ss.

⁹² No nosso entender, de forma acertada, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins referem que tal decisão não se coaduna diretamente com a problemática dos direitos fundamentais sociais em sentido estrito, no sentido de que se tratava, no contexto alemão, de uma análise judicial da intervenção do Estado na liberdade profissional de candidatos ao curso de medicina numa Universidade alemã. Cf. DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 131.

⁹³ Cf., SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

do possível” envolve o problema da proporcionalidade da prestação e de sua razoabilidade.

Como visto, a chamada “reserva do possível” não abrange apenas o viés econômico da concretização dos direitos sociais, mas também outras possibilidades de ordem jurídica e institucional, podendo servir, neste sentido, como possível critério balizador por ocasião de colisões entre direitos fundamentais, desde que preservado, em qualquer hipótese, o núcleo essencial de ambos os direitos⁹⁴. Cumpre destacarmos que, para o caso específico do direito à saúde, além da escassez de recursos financeiros, o qual torna-se cada vez mais evidente à medida em que avança o processo de desenvolvimento da tecnologia médica, há também a questão da disponibilidade de órgãos, pessoal especializado e equipamentos, além da questão legal/constitucional da repartição de competências.

Como exposto acima, não negamos o impacto econômico dos direitos sociais, e a eventual utilização da “reserva do possível” como argumento no cenário jurídico brasileiro, já que, nem mesmo na Alemanha, economia central da União Europeia, dispensa-se o debate acerca dos limites orçamentários à efetivação dos direitos sociais, de modo que essa questão, especialmente no Brasil, deve ser levada a sério. Todavia, o que se impõe é a análise crítica do posicionamento impeditivo da intervenção judicial no âmbito da efetivação dos direitos sociais, tendo como fundamento último a escassez de recursos e a correlata competência parlamentar em matéria orçamentária, no sentido de formulação de políticas públicas e alocação de recursos.

Primeiramente, o potencial da teoria da “reserva do possível”, do ponto de vista jurídico-constitucional brasileiro, deve ser significativamente atenuado, especialmente no que diz respeito ao embate entre direitos sociais e limites orçamentários, já que direitos fundamentais sociais não se condicionam, ou, melhor, não estão em estrita dependência do legislador ordinário, como, de resto, se apresentam os direitos derivados a prestações, de matriz infraconstitucional. Ademais, o fato de que o direito à saúde não constitui um direito absoluto não significa, necessariamente, que este deva ser limitado pela

⁹⁴ SARLET; FIGUEIREDO, op. cit., p. 203.

capacidade econômica do Estado, mas que possa, eventualmente, sofrer limitações frente à proteção e garantia de outro direito fundamental⁹⁵.

De outra banda, ainda que admitamos o argumento da escassez de recursos como argumento apto a limitar a fruição dos direitos sociais, pelo disposto no art. 5º, § 1º, da CF/88, caberia ao Poder Público, em última análise, a comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, de modo que, o argumento *a priori*, de que o Estado brasileiro não tem meios financeiros para arcar com as demandas sociais, sem comprovação fática para o caso concreto, é de pronto descartado⁹⁶.

Com efeito, a limitação estrita das possibilidades do Direito pela economia é objeto de estudo científico desde a doutrina marxista, que relega o Direito à mera condição de superestrutura ideológica da classe dominante⁹⁷. A teoria da *análise econômica do Direito*⁹⁸, ao atribuir, para o campo de Direito, maior significação à categoria *eficiência* do que à categoria legalidade/constitucionalidade, acaba condicionando todo o sistema jurídico pela lógica da infraestrutura das relações econômicas. Neste particular, Lima Lopes, ao criticar o uso indevido de categorias externas à lógica jurídica, destaca que

⁹⁵ Sustentado a tese da viabilidade de limitação do direito à saúde por este não ser absoluto frente às possibilidades orçamentárias do Estado, dentre outros argumentos, cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha* – Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 38.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações, in: Revista da Defensoria Pública, ano 1, jul/dez de 2008. p. 205. Neste sentido também ROCHA, op. cit., p. 451. Segundo a autora “Obrigatoriedade do Estado de comprovar a não-existência dos recursos para todas as medidas que seriam necessárias para o cumprimento das normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como de demonstrar que não despendeu, injustamente, os recursos existentes, ou não os desviou para outras medidas que seriam secundárias – ainda que fossem públicas – em relação àquelas que seriam primárias e impositivas para a concretização dos direitos fundamentais”.

⁹⁷ Na esteira do que leciona Karl Marx, o Direito não pode ser entendido como um sistema mais elevado do que a estrutura econômica e do que o desenvolvimento cultural de uma determinada sociedade por ela (infra-estrutura) condicionado. Cf. MARX, Karl. *Crítica ao Programa de Gotha*. Comentários à Margem do Partido Operário Alemão. Porto Alegre: L&PM, 2001. P. 107.

⁹⁸ A maior parte dos juristas e economistas, ao utilizar a expressão *Análise Econômica do Direito*, se refere, geralmente, à aplicação de métodos econômicos, especialmente de microeconomia, a questões legais. Nada obstante, há diversas Escolas e ramos da ciência em que o termo é abordado em diversos sentidos. Entre nós, cf., TIMM, Luciano Benetti. Qual a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53-6; CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito*. Uma Visão Crítica. São Paulo: Campus Editora, 2008.

ainda que seja mais eficiente, do ponto de vista econômico, abandonar parte da população à própria sorte, eliminar sujeitos não desejados, impedir o acesso de etnias a certos lugares e assim por diante, a obrigatoriedade ou não de tais ações não pode ser respondida com o critério do custo⁹⁹.

A jurisprudência brasileira tem se posicionado, na sua grande maioria, no sentido de dar plena eficácia ao dispositivo constitucional que garante o direito à saúde, quando contrastado com a alegação genérica dos limites orçamentários do Estado¹⁰⁰. Neste sentido, há jurisprudência farta a respeito, citando-se desde a remota (1997), embora paradigmática, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino, na qual entendeu-se que o direito à saúde, garantido na Constituição, é suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente, o custeio de tratamento (experimental), nos EUA, de menor de idade, vítima de distrofia muscular progressiva de *Duchenne*, ao custo de U\$ 163.000,00, de modo que “ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”, até a recente decisão em sede de Supremo Tribunal Federal, STA 175, julgada em 2010, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, a qual deferiu tratamento, ao custo de R\$ 52.000,00 mensais, não previsto nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, a jovem portadora de doença neurodegenerativa rara *Niemann-Pick Tipo C*.

Principalmente em relação às decisões mais recentes, o Supremo Tribunal Federal tem abordado o tema do possível impacto econômico nas finanças públicas de decisões judiciais que versam sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais, em especial do direito à saúde, sem que, com isso, o direito tenha sido inviabilizado, inclusive em termos de demanda individual¹⁰¹.

⁹⁹ LOPES, op. cit., p. 271-2.

¹⁰⁰ Daniel Wang, em estudo empírico acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao impacto econômico das decisões judiciais em matéria de direitos sociais, aponta que a preocupação da Corte Suprema em relação aos limites orçamentários, designadamente no que diz com o fornecimento de medicamentos, apenas começou a ser sistematicamente enfrentada a partir do ano de 2007. Cf. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF, in: SARLET; TIMM, op. cit., p. 353.

¹⁰¹ Destoando da maior parte das decisões, estão a STA 91/AL, julgada aos 26 de fevereiro de 2007, e a SS 3073/RN, julgada aos 09 de fevereiro de 2007, ambas de relatoria da ministra Ellen Gracie, fundamentadas na limitação de recursos e na necessidade de racionalização dos gastos

No caso de relatoria do ministro Celso de Mello, ADPF 45/2004¹⁰², que vem atuando como o grande precedente nas decisões sobre o eventual embate entre finanças públicas e acesso a prestações de saúde, o Tribunal entendeu que, expressamente se referindo à cláusula da “reserva do possível”, se mostraria “ilícito ao Poder Público, 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. Desse modo, a cláusula da “reserva do possível” – *ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível* (grifo nosso) – não poderia 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”.

Da argumentação sob o prisma econômico, podemos aferir que a cúpula do Poder Judiciário brasileiro não anui com o argumento de que o direito à saúde não pode ser contrastado com outros critérios, inclusive de índole econômico-financeira, mas que tal juízo de ponderação deve ser exercido a partir de demonstrações objetivas para o não atendimento de demandas referentes ao direito à saúde¹⁰³. Neste sentido, o argumento baseado única e exclusivamente

para o atendimento de um maior número de pessoas. Conforme a decisão, apenas os medicamentos contemplados na portaria 1318 do Ministério da Saúde seriam, no caso, de fornecimento obrigatório pelo Estado. Isto representaria, no entender da ministra, o respeito a uma decisão alocativa tomada no âmbito da Administração Pública.

¹⁰² ADPF 45/MC – DF, min. Rel. Celso de Mello, julgada aos 29 de abril de 2004. Tratou-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto emanado do Presidente da República ao § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possuía o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”

¹⁰³ Entendimento este que também é compartilhado por parte da doutrina, cf. dentre outros, ROCHA, op. cit. p. 451. “...obrigatoriedade do Estado de comprovar a não-existência dos recursos para todas as medidas que seriam necessárias para o cumprimento das normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como de

no alto custo do tratamento/medicamento não é considerado, pelo STF, como motivo para o não deferimento da demanda na esfera do direito à saúde¹⁰⁴. A atuação do Judiciário na garantia da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde¹⁰⁵. Contudo, entende o Tribunal que não há interferência indevida quando a ordem judicial defere prestação de saúde já prevista no SUS. Quando o pedido está fora daquilo previsto na política pública, afirmou-se que se deveria ponderar o objeto do pedido com a capacidade do sistema de saúde de arcar com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica¹⁰⁶.

Ainda que as decisões do Supremo Tribunal Federal, versando sobre escassez de recursos, “reserva do possível” e custos dos direitos, não tenham produzido, até o momento, um rol extensivo de critérios, objetivos e claros – ensejando, inclusive, decisões contraditórias¹⁰⁷, implicando em prejuízo para a

demonstrar que não despendeu, injustamente, os recursos existentes, ou não os desviou para outras medidas que seriam secundárias – ainda que fossem públicas – em relação àquelas que seriam primárias e impositivas para a concretização dos direitos fundamentais; SARLET, op. cit., p. 205 “...levar a sério a ‘reserva do possível’ significa também, especialmente em face do disposto no art. 5º, § 1º, da CF/88, que cabe ao Poder Público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”.

¹⁰⁴ Cf., como decisão paradigma, STA 175 AgR-CE, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada aos 17 de março de 2010.

¹⁰⁵ Cf., dentre outras, SL/CE 228, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada aos 14 de outubro de 2008; STA 238/TO, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada aos 21 de outubro de 2008; STA/AL 277, min. Rel. Gilmar Mendes, julgada aos 01 de dezembro de 2008.

¹⁰⁶ Cf., STA 223/PE, min. Rel. Ellen Gracie, julgada aos 12 de março de 2008. Neste caso, o Tribunal entendeu que a concessão via judicial de tratamento a ser realizado no exterior, por médico estrangeiro, pelo fato de não estar previsto nos procedimentos do Sistema Único de Saúde, e por ser altamente dispendioso para o Estado em termos financeiros, violaria a ordem pública, especialmente por ter sido concedida sem a instauração prévia de um procedimento administrativo.

¹⁰⁷ A título exemplificativo, cf. as contradições das decisões nas Suspensões de Tutela Antecipada 138 e 91, ambas de relatoria da ministra Ellen Gracie. No primeiro caso, referente a uma demanda individual, houve concessão do pedido por ter como fundamento a gravidade e necessidade da continuação do tratamento, pondo em risco à vida do demandante, ao passo que no segundo caso, desenvolvida em ação coletiva, ainda que inserta no mesmo contexto, a demanda foi indeferida, pelo fato do medicamento não constar em política pública de distribuição. A esse respeito, ver a pesquisa de Florian Hoffmann e Fernando Bentes sobre o baixo êxito das demandas coletivas, especialmente em ação civil pública, no âmbito do direito à saúde. A *Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica*, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 383-416.

Administração Pública, que terá dificuldade na previsão para o planejamento de políticas públicas, assim como para o cidadão, que tem menos clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário, e, inclusive, para os próprios juízes, que necessitam de parâmetros mais seguros e coerentes para as suas decisões¹⁰⁸—, vislumbra-se, pelo menos, a direção na qual as decisões estão sendo proferidas, de modo a dar prevalência, ainda que *prima facie*, ao direito fundamental à saúde.

4. Direito à Saúde no Brasil a partir da sua Dimensão Prestacional – Uma construção a partir da análise jurisprudencial

A seguir, buscaremos demonstrar, desde uma pesquisa empírica de coleta e análise de jurisprudência, o posicionamento dos Tribunais Superiores brasileiros no que diz respeito à determinação do espectro de prestações materiais que conformam o conteúdo material do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Neste seguimento do trabalho, nossa atenção será voltada para a argumentação jurídica dos juízes para o deferimento ou não da demanda, especialmente no que tange aos aspectos materiais da decisão.

4.1 Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo e/ou Experimentais – O problema do acesso a medicamentos não previstos pelos órgãos estatais

Apesar da produção local de medicamentos genéricos, e a correlata previsão de um número significativo de tratamentos disponibilizados pelas listas e protocolos terapêuticos do Sistema Único de Saúde, a problemática do acesso a medicamentos excepcionais, de alto custo ou em fase de experimentação, no Brasil, tem sido objeto de intenso debate, em especial pelo fato de envolver diversos interesses, sociais, políticos e econômicos, muitas vezes contrapostos. O fenômeno da “farmaceuticalização” da saúde pública no Brasil “*Pharmaceuticalization of Public Health*”, como observa o antropólogo João

¹⁰⁸ WANG., op. cit., 370.

Biehl, põe em risco a própria sustentabilidade da política de tratamentos médicos, refletido, exemplificativamente, no caso específico do acesso a tratamento para AIDS que, em 2005, destinou mais de dois terços do orçamento do País para compra de ARV¹⁰⁹ a fabricantes estrangeiros¹¹⁰. No bojo deste fenômeno, surgido a partir da mobilização em torno do tratamento da AIDS, muitos governos regionais estão sendo forçados a alterar os seus orçamentos para a saúde pública, em especial frente ao crescente número de demandas judiciais por medicamentos de alto custo, impulsionada por grupos de pacientes com doenças crônicas e genéticas raras, e que contam com o apoio da indústria farmacêutica¹¹¹. Nada obstante, a incorporação de novos fármacos ao sistema público de saúde não é um fenômeno exclusivo do Brasil, mas constitui, cada vez mais, um elemento indissociável da maioria dos sistemas de saúde no mundo, proporcionando, em maior ou menor medida, uma melhoria ou manutenção das condições de saúde das populações¹¹². A jurisprudência brasileira tem se manifestado diversas vezes acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo, tanto no que diz com os já previstos em políticas públicas, como nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS ou no programa de dispensação de medicamentos excepcionais, quanto os medicamentos em fase experimental, sem comprovação de eficácia e/ou sem registro nos órgãos oficiais do governo, em especial na ANVISA.

A decisão que, sem dúvida, abordou o tema de forma mais abrangente foi a Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR/CE, cujo relator foi o ministro Gilmar Mendes, julgada em 17 de março de 2010. Tratou-se, em linhas gerais, do ajuizamento de ação por intermédio do Ministério Público Federal em favor de jovem com doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, objetivando o fornecimento pelo Estado de medicamento denominado Zavesca (princípio ativo *miglustat*), cujo tratamento revelava-se de

¹⁰⁹ “*Antiretroviral drugs*”. Medicamentos que inibem o desenvolvimento do vírus HIV no corpo humano.

¹¹⁰ BIEHL, João. *Will to Live. Aids Therapies and the Politics of Survival*. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 99.

¹¹¹ *Ibidem*. p. 99.

¹¹² SCHEFFER, Mário. Judicialização e Incorporação de Tecnologias: O Caso dos Medicamentos para Tratamento da Aids no Sistema Único de Saúde, in: KEINERT, Tânia; DE PAULA, Sílvia; BONFIM, José. (Orgs.) *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 129.

alto custo (R\$ 52.000,00, ao mês), não previsto nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, apesar de aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e pela Agência Europeia de Medicamentos. De acordo com os documentos coligidos nos autos do processo, o medicamento pleiteado era o único capaz de deter a progressão da doença de *Niemann-Pick Tipo C*, aliviando, assim, os sintomas e sofrimentos neuropsiquiátricos da paciente, de modo a lhe possibilitar um aumento de sobrevida e/ou melhora da sua qualidade de vida.

A União, como polo passivo na demanda, utilizou, preponderantemente, como argumentos à suspensão da tutela, o princípio da separação de poderes, uma vez que o Poder Judiciário estaria usurpando da Administração o exercício precípua de formulação de políticas públicas; a não inserção do medicamento Zavesca na lista de protocolos e diretrizes do SUS, não estando contemplado pela política farmacêutica da rede pública; a ineficácia do medicamento pleiteado para o tratamento da doença *Niemann-Pick Tipo C* – apesar de não comprovar a impropriedade do fármaco –; a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e passiva da União, visto que a responsabilidade solidária dos integrantes do SUS não está ainda normatizada, além de suscitar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

Com efeito, esta decisão pode ser entendida como marco jurisprudencial, relativamente à definição de rumos hermenêuticos à atuação dos juízos e Tribunais brasileiros, especialmente no que concerne às demandas judiciais por tratamentos de alto custo. Esta decisão encontra-se no bojo de uma análise conjunta (Plenária) do Supremo Tribunal Federal que indeferiu nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinavam ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo e tratamentos não oferecidos a pacientes com doenças graves.

Importantes diretrizes foram consignadas nesta decisão, como a que privilegia o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, ressalvada a comprovação da ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal não vedou ao Poder Judiciário a concessão de medida diversa à custeada pelo SUS, que poderá ser fornecida a determinada pessoa desde que esta comprove a indispensabilidade do tratamento pleiteado. Quedou pacífico o

fato de que a medicina baseada em evidências científicas¹¹³, adotada pelo Sistema Único de Saúde brasileiro através dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, pode ser contestada na esfera judicial, devendo estes ser submetidos à revisão periódica e a novas elaborações.

Ainda neste contexto, ou seja, quando não há política pública específica de serviços de saúde, a decisão fez expressa distinção entre os tratamentos puramente experimentais e os novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de saúde brasileiro. Relativamente aos tratamentos experimentais, aqueles sem comprovação científica de sua eficácia, e que são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas, a participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. De fato, essas drogas, como, de resto, afirmado na Audiência Pública, não podem ser compradas em nenhum País, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, sendo que o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou de programas de acesso expandido, de modo que não é possível obrigar o SUS a custeá-las. Neste sentido, o laboratório que realiza a pesquisa deve continuar a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término. De outra banda, os novos tratamentos (aqueles ainda não incorporados pelo SUS) podem eventualmente ser pleiteados pela via judicial.

Com efeito, a inexistência de Protocolo Clínico no SUS, especialmente frente ao fato de que o conhecimento médico não é estanque, e de que sua evolução é muito rápida e de difícil acompanhamento pela burocracia administrativa, não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Neste caso, frisou-

¹¹³ Frente a crescente complexidade da atenção à saúde, especialmente com o uso cada vez maior de novas tecnologias, sejam elas de diagnóstico ou curativas, o SUS passou a adotar critérios da “Medicina com Base em Evidências”. A MBE se baseia na aplicação do método científico a toda prática médica, ou seja, a partir de “provas científicas” buscadas na crítica da literatura, consulta da literatura original (fontes primárias) e/ou revisões sistemáticas da literatura e diretrizes clínicas baseadas em evidências (fontes secundárias). Cf. KEINERT, Tânia M. Mezzomo. Apresentação, in: KEINERT; DE PAULA; BONFIM (Org.). *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 16.

se a imprescindibilidade da devida instrução processual, com ampla produção de provas, tornando a medida cautelar, neste sentido, em meio inidôneo de efetivação do direito em sede judicial.

Por fim, o argumento exclusivamente baseado no alto custo do medicamento não pode servir como critério de indeferimento da demanda, justamente face à existência de uma Política de Dispensação de Medicamentos Excepcionais que, fundamentalmente, objetiva o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. Neste sentido, a simples argumentação fundada na dimensão econômica do tratamento mostra-se inidônea, na perspectiva do Judiciário brasileiro, para o indeferimento da demanda judicial.

Outras decisões no âmbito do STF também trataram sobre a concessão de medicamentos de alto custo, como dão conta os exemplos da Suspensão de Segurança 2944, de relatoria da ministra Ellen Gracie, julgada em 17 de agosto de 2006, deferindo pedido pelo fornecimento gratuito pelo Estado da Paraíba de *Citrato de Sildenafil*, que, embora não previsto na lista de medicamentos a serem fornecidos à população (Portaria Ministerial 1.318 de 2002) e de elevado custo, o seu não fornecimento acarretaria risco à vida do impetrante, que sofria de doença relacionada à hipertensão pulmonar; e a Suspensão de Segurança 3345/RN, min. relatora Ellen Gracie, julgada aos 13 de setembro de 2007, que determinou o fornecimento pelo Estado do Rio Grande do Norte do medicamento Fortéo (*Tereparatida*) à impetrante, portadora de doença crônico-degenerativa, nada obstante a sua não previsão orçamentária e seu elevado custo financeiro¹¹⁴.

¹¹⁴ Neste sentido, ver as seguintes decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal: SS 2793/MT, min. Rel. Nelson Jobim, julgada aos 21 de setembro de 2005; SS 2842/MT, min. Rel. Nelson Jobim, julgada aos 06 de fevereiro de 2006; Pet 1246 MC/SC, min. Rel. Celso de Mello, julgada aos 31 de janeiro de 1997; RE 198265/RS, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 19 de setembro de 2001; RE 273834/RS, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 23 de agosto de 2000; RE 393175 AgR/RS, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 12 de dezembro de 2006; AI 452312/RS, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 31 de maio de 2004; RE 557548/MG, min. Rel. Celso de Mello, julgado aos 08 de novembro de 2007; RE 195.192-3/RS, min. Rel. Marco Aurélio, julgado aos 22 de fevereiro de 2000, dentre outros. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, podemos colacionar os seguintes julgados: RMS 17903/MG, min. Rel. Edson Vidigal, julgado aos 02 de maio de 2005; REsp 684.646, min. Rel. Luiz Fux, julgado aos 05 de maio de 2005; REsp 658323, min. Rel. Luiz Fux, julgado aos 03 de fevereiro de 2005; STA 59 AgR/SC, min. Rel. Edson Vidigal, julgada aos 25 de outubro de 2004; AgRg na SS 1408, min. Rel. Edson Vidigal, julgado aos 25 de outubro de 2004; RMS 17425/MG, min. Rel. Eliana Calmon, julgado aos 14 de

Embora, atualmente, o objeto do direito à saúde no Brasil concentre-se mais no acesso a medicamentos, este abrange uma gama variada de serviços e prestações médicas, como acesso a consultas, aparelhos cirúrgicos¹¹⁵, órteses/próteses¹¹⁶, suplemento alimentar¹¹⁷, consultas com profissionais de saúde não-médicos, como nutricionistas e fisioterapeutas, dos quais as internações em UTIs e CTIs – objeto da seguinte investigação – faz parte.

4.2 Internações Hospitalares UTIs/CTIs

O objeto do direito à saúde, na jurisprudência brasileira, não se resume apenas à concessão de medicamentos, mas também abrange o direito a internações em Unidades de Terapia Intensiva (UTIs) e em Centros de Terapia Intensiva (CTIs). Com efeito, uma das principais decisões sobre a matéria foi proferida recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, na ocasião da Suspensão de Liminar 228/CE, cuja relatoria coube ao ministro Gilmar Mendes, e cujo julgamento se deu em 14 de outubro de 2008. Tratou-se de pedido de suspensão de liminar, ajuizada pela União, contra decisão proferida pelo Juízo da 18ª Vara Federal de Sobral (Ação Civil Pública nº 2007.81.03.000799-0) e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a qual determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que disponham de tais Unidades, assim como o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas.

Na origem, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Ceará ajuizaram ação civil pública, com pedido de liminar, buscando garantir à população dos 61 municípios que compõem a Macro-Região Administrativa do

setembro de 2004; REsp 625329/RJ, min. Rel. Luiz Fux, julgado aos 03 de agosto de 2004; RMS 11183/PR, min. Rel. José Delgado, julgado aos 22 de agosto de 2000; Resp 57608/RS, min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado aos 16 de setembro de 1996; AI 874718/RS, min. Rel. Teori Albino Zavascki, julgado aos 07 de fevereiro de 2008; REsp 338373/PR, min. Rel. Laurita Vaz, julgado aos 10 de setembro de 2002; Resp 353147, min. Rel. Franciulli Netto, julgado aos 18 de agosto de 2003, dentre outros.

¹¹⁵ STA 283/PR, julgada em 07 de abril de 2010.

¹¹⁶ RE 568537/DF, julgado em 26 de outubro de 2009.

¹¹⁷ SS 4045/CE, julgada em 07 de abril de 2010.

SUS de Sobral o acesso aos serviços médicos de urgência necessários ao tratamento intensivo quando em condições de grave risco à saúde. Alegaram que, após a instauração do Inquérito Civil Público, constatou-se um quadro de saúde pública extremamente agravado na região, a qual só disponibilizava 9 leitos para atendimento aos pacientes do SUS.

A decisão liminar que a União buscou suspender, ao determinar que todos os pacientes que necessitassem de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo fossem transferidos para hospitais que as possuíssem e que fossem realizadas as ações necessárias para providenciar a instalação e o funcionamento de 10 leitos de UTIs neonatal, 10 leitos de UTIs pediátrica e 10 leitos de UTIs adulta na macro-região de Sobral, fundamentou-se em medida legislativa já concretizada neste sentido¹¹⁸.

Outras decisões corroboram este entendimento, citando-se, a título exemplificativo, as decisões em sede de Superior Tribunal de Justiça, nas quais o direito à saúde pressupõe a possibilidade de internação do paciente em UTIs, havendo direito de pleitear o pagamento do Estado por internação em tais Unidades realizada na Rede Privada¹¹⁹, a declaração de abusividade das cláusulas contratuais de planos de seguro de saúde limitativas do tempo de internação¹²⁰, e a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação visando internação hospitalar e tratamento de saúde em UTI, em demanda individual, e como direito indisponível¹²¹.

4.3 Cláusulas Contratuais no Regime de Saúde Suplementar

O art. 197, *caput*, inserido no título VIII (da ordem social), da CF/88, estabelece, expressamente, que cabe ao Poder Público dispor, nos termos da

¹¹⁸ Portaria nº 3.432/GM, de 12 de agosto de 2002, do Ministério da Saúde, “Todo hospital que atenda gestante de alto risco deve dispor de leitos de tratamento intensivo adulto e neonatal”. A Portaria MS/GM nº 1.101, de 13.06.2002, que estabelece os parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do SUS, especifica a quantidade mínima de leitos de Unidades de Tratamento Intensivo de acordo com o número de habitantes de cada região; e a Portaria MS/GM nº 3.432, de 13.08.1998, alterada pela Portaria nº 332, de 28.03.2000, que estabelece critérios de classificação para as Unidades de Tratamento Intensivo, torna obrigatória a existência de leitos de UTI neonatal nas unidades que possuam maternidade de alto risco.

¹¹⁹ REsp 1198486, min. Rel. Eliana Calmon, julgado em 19 de agosto de 2010.

¹²⁰ REsp 361415, min. Rel. Luis Felipe Salomão, julgado em 15 de junho de 2009.

¹²¹ REsp 899820/RS, min. Rel. Teori Albino Zavascki, julgado em 24 de junho de 2008.

lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Extrai-se deste preceito constitucional que todos os serviços e ações de saúde estão sob o domínio do Poder Público, ainda que sejam prestados por instituições de direito privado. Com base nisso, foi criado, em 28 de janeiro de 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, cuja principal tarefa é a de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores (Lei 9.961/2000)¹²². A dificuldade em regulamentar o setor não decorre apenas do aumento significativo no que se refere ao número de beneficiários, mas também ao fato de que, diferentemente dos demais setores regulados pela Administração Pública, como, por exemplo, as Telecomunicações (ANATEL), Petróleo e Gás (ANP) e a Energia Elétrica (ANEEL), que foram decorrentes da desestatização, a Agência Nacional de Saúde Suplementar nasceu praticamente do zero, já que o conhecimento sobre o setor era açambarcado pelos agentes do mercado¹²³.

Apesar da existência de instâncias administrativas de regulação do setor privado da saúde, o Poder Judiciário é constantemente acionado para a solução de casos relacionados ao conflito entre a operadora de planos privados de saúde e o consumidor. Por diversas vezes os Tribunais brasileiros se manifestam no sentido de declararem como abusivas cláusulas contratuais que, na visão do

¹²² Dentre as suas competências, destacam-se: a) Fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento; b) Autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, de acordo com parâmetros e diretrizes gerais fixadas conjuntamente pelos Ministérios da Fazenda e da Saúde; c) Estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços oferecidos pelas operadoras; d) Expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões; e e) Propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar para a regulação do setor de saúde suplementar.

¹²³ Cf. JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da Cunha. O Mercado de Saúde Suplementar – A Busca do Equilíbrio, in: NOBRE; DA SILVA (Orgs.), op. cit., p. 275. Ademais, o autor sustenta que a falta de conhecimento do setor público sobre o privado no tocante à assistência à saúde é decorrente do esforço despendido para a construção do SUS e do preconceito de parte dos sanitaristas em relação ao setor privado, inclusive com uma visão estatizante do sistema de saúde.

Judiciário, atentam contra o direito à saúde¹²⁴. A maior parte delas dizem respeito ao afastamento prévio de tratamento a moléstias infectocontagiosas de notificação compulsória, como é o caso da AIDS/HIV (AgRg no Resp 265872/SP, min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 18 de setembro de 2003; AgRg no Resp 251722/SP, min. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 22 de outubro de 2001; Resp 255064/SP, min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 05 de abril de 2001), assim como as que limitam o tempo de internação (Resp 251024/SP, min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 27 de setembro de 2000 e Resp 158728/RJ, min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado aos 16 de março de 1999). Em relação a esta última, o Superior Tribunal de Justiça já editou súmula no sentido de declarar como abusiva cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar de segurado (súmula 302/STJ).

Com efeito, trata-se, como desenvolvido no item 2.5, da chamada “eficácia horizontal” do direito à saúde, que, embora, no caso, seja objeto de um contrato entre particulares, tem recebido proteção judicial, especialmente com base no código de defesa do consumidor e nas normas constitucionais de tutela do direito à saúde. Este posicionamento dos Tribunais dialoga também com a própria noção de função social dos contratos. O contrato, assim como os principais institutos clássicos do direito privado, como dá conta o exemplo do direito de propriedade, vem, especialmente a partir da denominada função social do Direito, engendrada no constitucionalismo do início do século XX, sofrendo alterações nas suas bases estruturais de legitimação jurídica. Se dantes, num contexto marcado pela teoria política e filosófica liberal e individualista, de matriz kantiana, o contrato baseava-se tão somente na vontade individual dos contratantes, aptos a determinarem a forma e o conteúdo do objeto contratado, limitado apenas pela estrita legalidade, cujos efeitos só diziam respeito à relação entre os contratantes, contemporaneamente o contrato, para a sua validação

¹²⁴ Dentre outros, Superior Tribunal de Justiça: AI 1051037, min. Rel. Aldir Passarinho Júnior, julgada em 10 de março de 2009; AI 1103208, min. Rel. Sidnei Benetti, julgada em 27 de fevereiro de 2009; AI 1057060, min. Rel. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), julgada em 25 de fevereiro de 2009; AI 1075075, min. Rel. João Otávio de Noronha, julgada em 12 de março de 2009; REsp 1046355, min. Rel. Massami Uyeda, Terceira Turma, julgada em 15 de maio de 2008; REsp 519.940, min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgada em 17 de junho de 2003.

jurídica constitucional e legal, necessita, também, atender a uma função social, que transcende a esfera estrita da relação jurídica intersubjetiva.

4.4 Tratamentos Excepcionais no Exterior

Em recente decisão da lavra da ministra Carmen Lúcia, RE 542641/DF, julgada em 28 de maio de 2010, ficou assente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade ou não do Estado custear ao demandante tratamento excepcional no exterior. Com efeito, nesta decisão não ficou descartada, a princípio, o direito a tratamento de saúde no exterior, mormente quando se tratar de risco à vida do paciente. Contudo, tal possibilidade ficaria restrita à ocorrência de certas circunstâncias, como a não existência de tratamento similar da doença no Brasil, e que tal tratamento, a ser realizado no exterior, tenha a sua eficácia demonstrada pela comunidade médica nacional¹²⁵.

Neste mesmo sentido, na Suspensão de Segurança 2.998, min. Rel. Ellen Gracie, julgada em 29 de novembro de 2006, foi deferido tratamento no exterior a paciente, cuja estadia na França para submissão a procedimento cirúrgico foi custeada pelo Estado do Rio Grande do Norte, mediante a entrega ao impetrante da importância de R\$ 50.037,30. Tratava-se de paciente hipossuficiente, cujo tratamento médico era indispensável à sua sobrevivência. Ademais, o procedimento técnico (Ablação por Laser) apenas era realizado pela equipe médica do Hospital Antoine-Béclère, conforme atestado pelo laudo médico do Hospital Universitário de Brasília – HUB.

Em decisão pronunciada em sede de Suspensão de Tutela Antecipada¹²⁶, foi indeferido o pedido da União no sentido de suspender o pagamento de US\$ 218.833,00, relativamente ao custeio de tratamento realizado no Texas/EUA, a paciente portador de *Linfoma de Hodgkin*, caso raro de câncer que o levaria à morte, se não tratado com urgência. No caso, todos os tratamentos possíveis no

¹²⁵ Neste mesmo sentido, cf. RE 421402/DF, min. Rel. Dias Toffoli, julgado em 06 de maio de 2010. Tratava-se de tratamento da doença Retinose Pigmentar, a ser realizada na República de Cuba. O ministro colacionou, ainda, outro argumento, referente à viabilidade econômica da pretensão, uma vez que “há que se observar que o direito social da proteção à vida e à saúde assegurados pela Constituição traduz-se em objetivo a ser alcançado pela sociedade, mas deve ser avaliado dentro das possibilidades reais do sistema previdenciário do País.

¹²⁶ STA 50/PA, min. Rel. Nelson Jobim, julgada aos 7 de novembro de 2005.

Brasil formam testados, de modo que nenhum obteve êxito no combate à doença. A necessidade vital do tratamento, o esgotamento das possibilidades do mesmo de ser realizado no Brasil, e a indicação, através de laudo médico, do tratamento em instituição norte-americana, balizaram a decisão do Supremo.

Cumpre, por fim, a menção à Suspensão de Tutela Antecipada 36¹²⁷. Tratou-se de pedido pela União de suspensão de sentença que, em ação civil pública, determinou o financiamento de operação de transplante hepático, a ser realizado nos Estados Unidos. No caso concreto, o Tribunal entendeu razoável permitir ao paciente que se trate no exterior, em razão da comprovada incapacidade técnica da Administração Pública para realizar o procedimento cirúrgico pleiteado. Tal procedimento nunca havia sido realizado no País, não se configurando como mero transplante hepático, mas de cirurgia complexa, já que realizada em portador de MSUD (*Maple Syrup Urine Disease*), que pressupõe acompanhamento metabólico pré, intra e pós-operatório, em que a descompensação implicaria em graves sequelas neurológicas ou mesmo na morte do paciente.

Conclusão

O direito fundamental à saúde assume um amplo espectro de posições jurídicas desenvolvidas tanto a partir da sua dimensão jurídico-objetiva, quanto subjetiva, de modo que ainda que sua perspectiva prestacional, enquanto direito positivo, se mostre à evidência, um conjunto de outras posições jurídicas se depreendem da sua perspectiva defensiva, organizatória e procedimental.

De outra banda, afirmamos, com base no texto constitucional, que o acesso à saúde no Brasil prescinde de qualquer contraprestação pecuniária do seu titular. Independentemente da eficiência econômica à Administração Pública, ou até sob a ótica de uma melhor alocação de recursos, a positivação do acesso igualitário e universal prevista no texto constitucional brasileiro (art. 196, *caput*), além da gratuidade das ações e serviços de saúde estipulada no art. 43, da Lei 8.080/90, inclusive em relação aos serviços privados contratados pela Administração Pública, impede que o fornecimento de prestações na área

¹²⁷ STA 36/CE, min. Rel. Nelson Jobim, julgada aos 21 de setembro de 2005.

de saúde pelo Poder Público se baseie na lógica mercantil do setor privado, a partir da contraprestação pecuniária, não importando a situação econômica individual do titular do direito.

Em termos gerais, ao fenômeno da “judicialização”, especialmente compreendida como produção intensificada do direito positivo, se antepõem, dentre outros, argumentos que se baseiam na formalização; na desintegração; na desestabilização; e nos limites jurídicos da capacidade de ação governamental. O aspecto da formalização se relaciona com o estreitamento do espaço de decisão do titular da decisão política “*die Einengung des Entscheidungsspielraums der politischen Entscheidungsträger*”. Neste sentido, no lugar de um poder pragmático de decisão política, instaura-se a técnica da formalidade, própria do Direito. Judicialização significa “neutralidade” e “formalização jurídica”, afastando-se das decisões de poder (político). A desintegração, por seu turno, pode resultar também como consequência do estreitamento do âmbito político de decisão, considerando que a partir da prescrição jurídica de determinados objetivos e métodos de seguridade social, não sejam, ao mesmo tempo, oferecidas respostas adequadas para novos desenvolvimentos, sociais e econômicos, especialmente no que se refere a padrões internacionais de regulação jurídica. Frente ao aumento progressivo da produção de normas jurídicas, também identifica-se a desintegração como fenômeno derivado da “judicialização”, especialmente pela inefetividade e falta de clareza de boa parte das novas regulações, configurando uma séria ameaça à segurança jurídica. Por fim, está a limitação da capacidade de agir do Governo perante o sistema jurídico, na medida em que, apesar de cada vez mais se produzir Direito, o resultado nem sempre leva aos efeitos desejados, designadamente pela relação de dependência existente entre o âmbito da política e do sistema social regulado em diversos subsistemas *Gunther Teubner*, apesar da formalização e da crescente autonomia do Direito.

Por seu turno, a dificuldade do Poder Judiciário de decidir litígios em que esteja em causa, especificamente, a efetivação de direitos sociais, trazendo ao debate jurídico questões vinculadas à justiça distributiva, reside justamente na estrutura institucional de seus órgãos, nos mecanismos processuais de efetivação de direitos (processo legislativo de formação do Direito), assim como pela cultura geral em que se inserem os atores encarregados de pôr o sistema

em funcionamento (Juizes, Advogados, Promotores de Justiça, etc.). Ainda neste sentido, cita-se o fato de que os juizes, geralmente, aceitam as opiniões comuns da sociedade e do pensamento jurídico profissional de seu tempo (pré-compreensão); que as demandas judiciais relacionadas aos direitos sociais requerem soluções de reforma social, e não de garantia do *status quo*; o fato de que ao Poder Judiciário faltam meios institucionais para executar e monitorar decisões que impliquem programas de ação continuada, como é o caso típico das políticas públicas (ainda que não se possa reportar única e exclusivamente a problemática da efetivação dos direitos sociais para o campo das políticas públicas); o fato de que como os Tribunais não podem agir de ofício, mas apenas por provocação, os programas de reforma não apenas não podem ser executados por eles, como também não podem ser iniciados por eles, fazendo com que os Tribunais ajam apenas conforme interesses episódicos e descoordenados, e sejam proibidos de ter uma agenda de reformas; e, por derradeiro, que os Tribunais não possuem poderes institucionais para alocar livremente recursos orçamentários.

O princípio geral da igualdade também é invocado como obstáculo à efetivação judicial dos direitos sociais, baseando-se no fato de que apenas parcela da população, e justamente a mais instruída, que, em regra, também é a mais privilegiada sob o ponto de vista financeiro, teria seu direito social satisfeito, enquanto que o resto da população, que dificilmente tem acesso ao Poder Judiciário, seja pelo ônus financeiro do processo, seja pela falta de conhecimento quanto a seus direitos, ficaria na dependência da formulação e implementação de políticas públicas governamentais. A isso, soma-se o argumento segundo o qual a concessão de demandas individuais pelo Poder Judiciário aprofundaria a exclusão dos pobres pela transferência dos recursos dos programas institucionalizados para cumprimento de decisão judicial, cujos beneficiários são, em sua grande maioria, oriundos da classe média.

Preliminarmente, cabe destacar que o texto constitucional de 1988 atribui expressamente a titularidade de direitos sociais a toda e qualquer pessoa, como dão conta, a título exemplificativo, a tutela do meio ambiente (art. 225, CF/88) e o próprio direito à saúde (art. 196, CF/88), dialogando com o princípio da universalidade e da dignidade da pessoa humana, que, em primeira linha, refere-se à pessoa individualmente considerada. Com efeito, enfatizou-se que os

direitos sociais, especialmente quando se trata de direitos básicos, como saúde, educação, previdência, etc., reportam-se à pessoa individual, titular do direito por excelência, ainda que possa ostentar, simultaneamente, uma titularidade coletiva. Tais direitos têm por escopo imediato a tutela do interesse individual na subsistência com dignidade e não o interesse coletivo, ainda que este interesse também assuma relevância e implique um conjunto de direitos e deveres. Ainda neste sentido, advogou-se que a própria distinção traçada entre direitos individuais (civis e políticos) e direitos sociais (econômicos, sociais e culturais), em franco processo de mitigação, nunca teve como fundamento a questão da titularidade dos direitos, e sim o objeto e a natureza dos mesmos.

Ainda neste contexto, deixamos claro que não há de se confundir a noção de políticas públicas com direitos fundamentais sociais. São categorias distintas, ainda que uma possa ser o meio de efetivação da outra, judicialmente exigível. O argumento segundo o qual os direitos sociais são de melhor aplicação através de políticas públicas universais, atendendo de forma mais eficaz e racional a alocação de recursos públicos e, de forma correlata, atendendo de forma mais efetiva o princípio geral da igualdade, não implica, de forma alguma, na ausência de tutela individual dos direitos sociais, inclusive em matéria de prestações individuais no âmbito do direito fundamental à saúde, que, de resto, já vem sendo reiteradamente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A reconstrução do objeto do direito à saúde passa pela análise crítica de tais critérios de “judicialização”. Ambos conceitos tem origem no direito constitucional alemão, e possuem, como base jurídica, a teoria dos direitos sociais como direitos derivados a prestações *Teilhaberechte*. A importação de tais conceitos jurídicos para o contexto nacional deve ser devidamente equacionada, de modo a evitar sua aplicação idêntica em contextos dogmáticos distintos. A doutrina do “mínimo existencial” teve como *telos* o aumento da proteção jurídica dos direitos sociais garantidos pelo Direito infraconstitucional, que na Alemanha subjazem quase a sua totalidade, de tal sorte que, no contexto alemão, a teoria pode ostentar inegavelmente o qualificativo de “progressista”, já que amplia o âmbito de proteção, agora em sede constitucional, dos direitos sociais. Em se tratando de direito constitucional brasileiro, ou de qualquer Estado constitucional que preveja direitos sociais em sua Constituição, o efeito é inverso, ou seja, há uma redução do conteúdo normativo das correspondentes

posições jurídicas com a incorporação da doutrina do “mínimo existencial”, embora se admita, em sede da mais recente construção jurisprudencial, uma evolução no que atine à concretização prática dos direitos sociais no Brasil. Ainda que, sob um aspecto pragmático, importemos a teoria do “mínimo existencial” para o cenário jurídico brasileiro, sob o argumento de que se trata de mecanismo apto a resolver os problemas clássicos da “justiciabilidade” dos direitos sociais, especialmente ligada à questão da separação dos poderes, ainda assim, tal teoria não teria muito a contribuir. Primeiramente, o nível de indeterminação e abstração dos direitos sociais em sede constitucional não se reduz pela sua mera transposição a um conceito de mínimo existencial, que, da mesma forma, apresenta dificuldades na busca de critérios objetivos para sua delimitação, relativamente ao argumento da observância do princípio da separação de poderes. De outra banda, a incorporação de tal teoria atuaria em direção contrária ao desenvolvimento da atual dogmática dos direitos fundamentais enquanto direitos indivisíveis e interdependentes, inclusive em termos de uma dogmática unitária, acentuando uma distinção tipológica, meta-jurídica, entre categorias de direitos fundamentais.

Por fim, o termo “judicialização” tem sido empregado com um inequívoco sentido pejorativo, de excesso de atuação do Poder Judiciário em questões que atinem, em primeira linha, à atuação dos poderes representativos da democracia parlamentar, cujo principal argumento para a sua auto-restrição se fundamenta no princípio da separação de poderes, mais especificamente na reserva parlamentar em questão orçamentária. Grande parte das demandas judiciais que envolvem o direito à saúde se refere, em primeira linha, ao não cumprimento pelos Poderes Públicos de obrigação já regulamentada na esfera legislativa e incorporada em política pública pré-definida pelos órgãos da Administração Pública, de modo que, aqui, não há de se falar em limitação no espaço decisório da política, designadamente dos Poderes Legislativo e Executivo. Ademais, a partir de pesquisa quantitativa formulada com palavras-chave inseridas nos *sites* de busca dos principais Tribunais do País, verificou-se que os processos judiciais, indexados com os termos “Direito e Saúde”, “Direito à Saúde”, e “medicamento”, correspondem a uma pequena minoria do total dos processos julgados, de acordo com o CNJ, no ano de 2009, representando menos de 1% do total dos processos julgados pelo STF e menos de 2,5% dos processos julgados pelo STJ.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2º Ed. Frankfurt a.m: Suhrkamp, 1994.
- ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: LEGIS, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- CORRÊA, Anelize Maximila; PAULSEN, Carolina Moreira; MOLIN, Lúcia Dal. *Direitos Humanos. Documentos Básicos*. Pelotas: EDUCAT, 2005.
- DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- DUARTE, Francisco Carlos. Qualidade de Vida: a função social do Estado. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 41, junho/1994,
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GROSS, Aeyal M. The Right to Health in an Era of Privatisation and Globalisation – National and International Perspectives, in: EREZ, Daphne Barak; GROSS, Aeyal M (Orgs.). *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*. Oregon: HART Publishing, 2007.
- HUSTER, Stefan. Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, in: *Juristen Zeitung*, 18/2008.
- LOUREIRO, João Carlos. Direito à (Proteção da) Saúde, in: *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, nº 1 jul./dez. 2008.
- MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental*. Proibição de Retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NEUNER, Jörg. Os Direitos Humanos Sociais, in: *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, nº 7, jan/jun. de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado, in: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 16, nº 61, jan/mar. 2007.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algunas Consideraciones sobre el Derecho Fundamental a la Protección y Promoción de la Salud a los 20 Años de la Constitución Federal de Brasil de 1988, in: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Org.). *La Protección Judicial de Los Derechos Sociales*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito/Equador, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STERN, Klaus. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrgs.) *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 2º ed. C.F. Müller Verlag: Heidelberg, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Data de submissão do artigo: 29/02/2016

Data de aprovação do artigo: 16/06/2016

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt