



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**

**CÍNTIA MENDES LEANDRO**

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:  
RECONHECIMENTO DE UM DIREITO SUBJETIVO A PRESTAÇÕES  
MATERIAIS COM FUNDAMENTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Tubarão,  
2008

**CÍNTIA MENDES LEANDRO**

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:  
RECONHECIMENTO DE UM DIREITO SUBJETIVO A PRESTAÇÕES  
MATERIAIS COM FUNDAMENTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Silvio Roberto Lisbôa, Esp.

Tubarão,  
2008

**CÍNTIA MENDES LEANDRO**

**DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE:  
RECONHECIMENTO DE UM DIREITO SUBJETIVO A PRESTAÇÕES  
MATERIAIS COM FUNDAMENTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 28 de novembro de 2008.

---

Prof. e orientador Silvio Roberto Lisbôa, Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Fábio Zobot Holthausen, Msc.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Jefferson Damin Monteiro  
Universidade do Sul de Santa Catarina

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da vida e por ser meu guia e protetor em todos os momentos.

Aos meus pais, pelos sacrifícios e renúncias feitas para que eu pudesse chegar até aqui.

A minha mãe, de forma especial, pelo apoio incondicional e pela inabalável confiança depositada em mim, sempre compreendendo minhas escolhas, incentivando a busca pela consecução de meus objetivos e empreendendo esforços para que eu obtenha sucesso em todos os aspectos de minha vida.

As minhas irmãs, com as quais sempre posso contar, pelo incentivo, companheirismo e apoio dispensados a mim.

Aos demais familiares, os quais acreditam, incentivam e contribuem significativamente para a realização de todos os meus objetivos.

Ao meu orientador, professor Silvio Roberto Lisbôa, pelo apoio, imenso incentivo, auxílio nas horas de dificuldade e dedicação empreendida na realização desta monografia.

A todos os meus amigos e colegas de profissão, os quais se demonstraram grandes companheiros, sempre incentivadores e solidários para comigo.

Enfim, agradeço a todos os meus colegas de faculdade pelo carinho, amizade, companheirismo e felizes momentos de convívio propiciados.

## RESUMO

Este trabalho visa evidenciar a imprescindibilidade da concretização do direito fundamental à saúde como forma de garantir o direito à vida e à dignidade da pessoa humana; caracterizar a responsabilidade do Estado por sua efetivação; bem como demonstrar a legitimidade da concessão de prestações individuais nessa área pelo Poder Judiciário, com fundamento nas normas constitucionais, sempre que for chamado a romper a inércia ou ineficiência dos demais Poderes. Para tanto, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo-se de proposições gerais para a análise do direito à saúde de forma particular, obtendo-se, a partir daí, os pressupostos para a conclusão da pesquisa. O procedimento de pesquisa adotado foi o bibliográfico, com base em doutrina, legislação e jurisprudência acerca do assunto. O trabalho foi estruturado em três capítulos onde foram analisados os direitos fundamentais, o direito à saúde de forma particular e, por fim, a possibilidade de concessão, pelo Poder Judiciário, sempre que provocado, de prestações individuais na área da saúde, considerando-se os limites fáticos e jurídicos à concessão dessas prestações. Após essas abordagens, pode-se concluir que o Poder Judiciário deverá sempre zelar pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, aí incluído o direito à saúde. O fundamento para a concessão de prestações materiais por parte do Judiciário e o conseqüente reconhecimento de um direito subjetivo a prestações existências mínimas na área da saúde é o art. 196 da Constituição Federal de 1988, o qual, embora se trate de norma de eficácia limitada, é dotada de eficácia jurídica suficiente para que o indivíduo, comprovadamente hipossuficiente economicamente, socorra-se do Poder Judiciário para fazer valer seu direito perante o Estado.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Direitos Fundamentais. Saúde.

## ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the necessity of establishing the basic right to health as a means of guaranteeing the right to life and dignity of the human person; characterize the State for its effectiveness, and demonstrate the legitimacy of granting benefits individual in this area by the judiciary, based on constitutional rules, whenever called upon to break the inertia or inefficiency of other Powers. To that end, we used the method of deductive approach, it is of general propositions for the analysis of the right to health in particular and getting up, from there, the conditions for completing the survey. The procedure adopted was to search the literature, based on doctrine, laws and jurisprudence on the subject. The work was structured in three sections which were analyzed fundamental rights, the right to health in particular and, finally, the possibility of granting, by the judiciary of individual benefits in health, considering the boundaries of fact and existing legal. After these approaches, one can conclude that the Judiciary must always ensure the maximum effectiveness of fundamental rights, it included the right to health. The basis for the granting of material benefits from the Judiciary and the recognition of a subjective right to benefits minimum stocks in health is the art. 196 of the Constitution of 1988, which, although it is a standard of limited effectiveness, is endowed with sufficient legal effectiveness for the individual, demonstrably poor, bails from the Judiciary to enforce their right to the state.

Key words: Human Dignity. Fundamental Rights. Health.

## **LISTA DE SIGLAS**

CF/88 – Constituição Federal de 1988

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PIB – Produto Interno Bruto

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TRF – Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	12
2.1 CONCEITO.....	13
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	14
2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ACORDO COM A EVOLUÇÃO DO PROCESSO DE POSITIVAÇÃO.....	17
<b>2.3.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão</b> .....	19
<b>2.3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão</b> .....	20
<b>2.3.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão</b> .....	21
<b>2.3.4 Direitos fundamentais de quarta dimensão</b> .....	22
2.4 FUNÇÕES .....	24
2.5 CARACTERÍSTICAS .....	25
2.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	26
<b>2.6.1 Classificação</b> .....	29
<b>2.6.2 Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988</b> .....	30
<b>2.6.3 Da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais previstos na CF/88 (art. 5º, §1º)</b> .....	31
2.7 A EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E O CARÁTER PROGRAMÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	33
2.8 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	37
<b>2.8.1 Evolução histórica</b> .....	38
<b>2.8.2 O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988</b> .....	39
<b>3 DIREITO À SAÚDE</b> .....	43
3.1 CONCEITO .....	43
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE SAÚDE.....	44
3.3 PERSPECTIVA HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	48
<b>3.3.1 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988</b> .....	50

<b>3.3.2 Competência constitucional legislativa e executiva no âmbito da saúde</b> .....	55
<b>3.4 AS DIMENSÕES NEGATIVA E POSITIVA DO DIREITO À SAÚDE</b> .....	59
<b>3.4.1 Dimensão negativa</b> .....	59
<b>3.4.2 Dimensão positiva</b> .....	60
<b>3.5 DO RECONHECIMENTO DE UM DIREITO SUBJETIVO À PRESTAÇÕES NA ÁREA DA SAÚDE</b> .....	61
<b>4. DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE PRESTAÇÕES INDIVIDUAIS NA ÁREA DA SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO</b> .....	69
<b>4.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES</b> .....	69
<b>4.2 A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR EM RELAÇÃO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE</b> .....	72
<b>4.3 A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL NO ÂMBITO DAS PRESTAÇÕES MATERIAIS NA ÁREA DA SAÚDE</b> .....	75
<b>4.4 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO</b> .....	79
<b>4.5 DA LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS DE FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE SAÚDE</b> .....	82
<b>4.5.1. O método da ponderação de princípios constitucionais</b> .....	86
<b>4.5.2. Princípio da proporcionalidade</b> .....	88
<b>4.5.3 A necessidade da ponderação de bens pelo poder Judiciário para a concessão de prestações materiais na área da saúde</b> .....	90
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	94
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	96

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição cidadã em face das diversas garantias e direitos que assegura, elencou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e catalogou, no seu Título II, um extenso rol de direitos fundamentais, os quais materializam aquele princípio e atribuem ao nosso país a característica de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito. A atual Constituição inovou a história constitucional pátria ao prever expressamente o direito fundamental à saúde no rol dos direitos sociais e ao incumbir ao Estado o dever de garanti-lo, evidenciando, dessa forma, o elevado valor conferido à vida, à integridade física e à dignidade da pessoa humana, corolários do direito à saúde.

Os direitos sociais, entre eles o direito à saúde, têm natureza prestacional e, portanto, dependem de políticas públicas para sua concretização. Tais direitos são positivados, em sua maioria, como normas de eficácia limitada, as quais são indicativas de programas e finalidades a serem obrigatoriamente perseguidas pelo Poder Público e possibilitam que se operem mudanças e adaptações aos reclames sociais com celeridade, sempre em consonância com a transformação dos valores em circulação em uma sociedade.

O direito à saúde demanda elevado dispêndio financeiro para sua satisfação e requer um planejamento de acordo com a realidade social e econômica do país, motivo pelo qual o constituinte delegou o planejamento e implementação desse direito, cabendo ao Poder Executivo prever em lei orçamentária as políticas públicas a serem implementadas com a respectiva dotação dos recursos necessários, a qual será submetida ao Poder Legislativo para sua aprovação.

A relevância deste estudo está no fato de que, embora passados vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se que o Estado vem demonstrando desinteresse e ineficiência no cumprimento de seu dever constitucional de garantir saúde a todos, não sendo raras as situações de filas de espera em hospitais públicos, escassez de profissionais da saúde e outras deficiências que tornam rotineiros os casos em que a falta de prestações na área da saúde atenta contra o direito à vida e à dignidade das pessoas.

A insuficiência de políticas públicas para a concretização do direito fundamental à saúde tem ocasionado o aumento de demandas judiciais visando à obtenção de prestações individuais nessa área. Nesses casos, o Poder Judiciário vê-se obrigado a decidir sobre a

legitimidade ou não de tutelar esse direito. Diversos óbices têm sido construídos visando impedir a atuação do Judiciário na efetivação do direito à saúde, em especial os argumentos da reserva parlamentar em matéria orçamentária, dos limites do financeiramente possível e da discricionariedade do administrador, uma vez que as políticas públicas para a promoção, prevenção e recuperação da saúde, de acordo com os ditames constitucionais, submetem-se à previsão orçamentária, sendo seu planejamento e implementação competência dos outros Poderes (Executivo e Legislativo).

Buscamos, com este trabalho, evidenciar a imprescindibilidade da concretização do direito fundamental à saúde como forma de garantir o direito à vida e à dignidade humana; caracterizar a responsabilidade do Estado por sua efetivação; e demonstrar a legitimidade da concessão de prestações individuais pelo Poder Judiciário, com fundamento nas normas constitucionais.

Para tanto, utilizamos o método de abordagem dedutivo e o procedimento bibliográfico de pesquisa, onde através de proposições gerais, analisamos o direito à saúde de forma particular e obtivemos, a partir daí, os pressupostos para a conclusão deste trabalho.

Como forma de explicitar a pesquisa realizada, estruturamos o presente trabalho em três capítulos.

Inicialmente, no primeiro capítulo, abordamos os direitos fundamentais e suas peculiaridades, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana e sua imprescindibilidade no moderno Estado constitucional.

Posteriormente, no segundo capítulo, discorreremos acerca da saúde, seu conceito, evolução histórica, as regras disciplinadoras deste direito na Constituição Federal de 1988, bem como sua característica de direito subjetivo individual originário a prestações.

Por fim, no terceiro capítulo, fizemos a análise da possibilidade de concessão pelo Poder Judiciário, sempre que provocado, de prestações individuais na área da saúde com fundamento na Constituição Federal de 1988, considerando-se os limites jurídicos e fáticos à concessão dessas prestações.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, considerando a utilização das expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais de forma indiscriminada, tanto na doutrina quanto no direito positivo, não havendo um consenso a respeito do conteúdo e significado de cada termo utilizado<sup>1</sup>, faremos uma distinção entre eles para, a partir daí, iniciar o estudo do conceito e evolução dos direitos fundamentais.

De acordo com o ensinamento de Sarlet, temos que:

A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais.<sup>2</sup>

Canotilho, fazendo a distinção de direitos do homem e direitos fundamentais, leciona que:

**Direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espácio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (grifo do autor).<sup>3</sup>

A respeito da distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, Sarlet ensina-nos que:

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>4</sup>

Além de sua positivação pelo direito constitucional do Estado, a caracterização de um direito como fundamental requer que estes tenham recebido da Constituição um grau mais

---

<sup>1</sup>

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004, p. 33.

<sup>2</sup> Ibid., p. 36-37

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 393.

<sup>4</sup> SARLET, op. cit., p. 35-36.

elevado de garantia ou de segurança. São, portanto, imutáveis ou têm como pressuposto para sua alteração um sistema rígido de emendas à Constituição.<sup>5</sup>

A seguir, apresentaremos o conceito de direitos fundamentais.

## 2.1 CONCEITO

Cumpre-nos ressaltar a dificuldade de conceituação dos direitos fundamentais e as diferenciadas construções feitas pela doutrina, uma vez que uma definição completa do conteúdo material desses direitos e com validade universal não se coaduna com a realidade de cada ordem constitucional considerada singularmente. Cada Estado possui uma definição particular de direitos fundamentais, embora existam categorias universais e consensuais de alguns deles (vida, liberdade, igualdade), portanto, uma conceituação completa requer a contextualização de acordo com a realidade social e cultural onde é aplicado.<sup>6</sup>

Segundo Luño, citado por Moraes, são os direitos fundamentais do homem “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos[...]”<sup>7</sup>

Os direitos fundamentais, de acordo com Hesse, citado por Bonavides, têm por objetivo manter os pressupostos elementares de uma vida livre e digna e, numa acepção mais restrita, são os direitos fundamentais aqueles que o direito vigente qualifica como tais.<sup>8</sup>

Tais direitos baseiam-se na idéia de limitação e controle dos abusos de poder pelo Estado e por suas autoridades constituídas, bem como na consagração da igualdade e legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.<sup>9</sup>

Sarlet, baseado na doutrina de Alexy, define os direitos fundamentais como:

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos

<sup>5</sup> SCHMITT apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 561.

<sup>6</sup> SARLET, 2004, p. 89.

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 22

<sup>8</sup> BONAVIDES, 2008, p. 560

<sup>9</sup> MORAES, op. cit., p. 1.

(fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).<sup>10</sup>

Para Moraes, em que pese as diversas definições, “o importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana [...]”<sup>11</sup>

Abordaremos, na seqüência, a evolução histórica dos direitos fundamentais.

## 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para uma completa compreensão dos direitos fundamentais, faz-se necessária uma análise de sua formação histórica, pois tais direitos foram adquiridos por um lento processo de conquistas e transformações sociais, o qual passaremos a transcrever de forma sintética a partir de agora.

Inicialmente tivemos um poder estatal ilimitado, pois mesmo nas sociedades que se governavam por um princípio democrático, as liberdades públicas na concepção atual não existiam, até porque a idéia de indivíduo como algo diferente da sociedade que o envolve foi uma lenta conquista da humanidade.<sup>12</sup>

O pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, em razão de sua existência, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis foi diretamente influenciado pela religião e filosofia do mundo antigo, denominando-se esta fase de pré-história dos direitos fundamentais.<sup>13</sup>

A origem dos direitos individuais, com a previsão de alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado, deu-se no Egito e Mesopotâmia no terceiro milênio a.C. O Código de Hamurabi (1690 a.C.) poderá ter sido a primeira codificação de alguns direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a dignidade. Os direitos do homem receberam influência filosófico-religiosa com a propagação das idéias de igualdade de todos os homens por Buda (500 a.C.).<sup>14</sup>

<sup>10</sup> SARLET, loc. cit.

<sup>11</sup> MORAES, 2006, p. 23.

<sup>12</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21 ed., atual. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 166.

<sup>13</sup> SARLET, op. cit., p. 44.

<sup>14</sup> MORAES, op. cit., p. 6-7.

Na Grécia, surgem, na seqüência, estudos sobre liberdade e igualdade do homem e no Direito romano criou-se mecanismos de interditos para a tutela dos direitos individuais em relação ao Estado. A origem dos textos escritos consagradores de direitos fundamentais dá-se com a Lei das doze tábuas.<sup>15</sup>

O Cristianismo, propagando a igualdade de todos os homens, influenciou a consagração dos direitos fundamentais como necessários à dignidade humana.<sup>16</sup>

A doutrina jusnaturalista, a partir do século XVI, em especial nos séculos XVII e XVIII, atinge grande desenvolvimento, influenciada, entre outras razões, pelas teorias contratualistas. Paralelamente a isso, o direito natural passa por um processo de laicização, que atinge seu auge no iluminismo, de inspiração jusracionalista.<sup>17</sup>

A partir do século XVIII até meados do século XX, deu-se o acentuado desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais, tendo-se como os mais importantes antecedentes históricos os textos ingleses, como a *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra em 1215 na Inglaterra, a *Petition of Right*, de 1628, o *Habes Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689 e o *Act of Settlement*, de 1701. (grifo do autor)<sup>18</sup>

Com importância na evolução dos direitos humanos temos a Revolução dos Estados Unidos da América, com a Declaração da Virgínia, de 16 de junho de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776 e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787.<sup>19</sup>

A França, em 1789, colaborou significativamente com a fixação dos direitos fundamentais por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, possivelmente a mais célebre das declarações. Tinha como singularidade o cunho teórico ou racional e a universalidade, uma vez que direcionada a toda humanidade, diferentemente das declarações que a antecederam, as quais apresentavam-se eminentemente relacionadas às circunstâncias históricas e, em razão disso, limitadas ao âmbito ao qual vigiam.<sup>20</sup>

A Declaração de Direitos de 1789 distinguiu direitos do homem e direitos o cidadão, no sentido que os primeiros pertencem ao homem em razão de sua natureza, essência; já os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, como indivíduo vivendo em sociedade. Tal classificação pressupõe a separação entre direito individual e político,

---

<sup>15</sup> MORAES, loc. cit.

<sup>16</sup> MORAES, loc. cit.

<sup>17</sup> SARLET, 2004, p. 45.

<sup>18</sup> MORAES, op, cit., p. 7.

<sup>19</sup> Ibid., p. 9.

<sup>20</sup> BASTOS, 2000, p. 167.

configurando-se, naquele contexto, uma seqüela da teoria da separação entre sociedade e Estado, que pressupõe que a sociedade civil é, por essência, apolítica, pois separa-se da sociedade política e é hostil a qualquer intervenção estatal.<sup>21</sup>

As declarações inglesas e americanas, antecedentes à Declaração dos Direitos do Homem de 1789, por ocasião da Revolução Francesa, ganham em concretude, mas perdem em abrangência pelo fato de se dirigirem a uma camada social privilegiada ou a uma sociedade que se libertava politicamente, ao passo que a Declaração Francesa destinava-se ao gênero humano, nela os direitos do homem foram considerados inalienáveis, sagrados, imprescritíveis e inerentes à espécie humana.<sup>22</sup>

Para Moraes, os direitos fundamentais foram consagrados normativamente na “França, quando, em 26 de agosto de 1789, a Assembléia Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos.”<sup>23</sup>

Divergindo acerca da paternidade dos direitos fundamentais, Silva afirma que a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, deu-se em 12 de janeiro de 1776, com a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, uma das treze colônias inglesas na América. Deu-se anteriormente à Declaração de independência dos Estados Unidos da América e preocupava-se, basicamente, com a estrutura de um governo democrático e com um sistema de limitação de poderes, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis, diferentemente dos textos ingleses, que apenas tinham a finalidade de limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar sua supremacia no Parlamento.<sup>24</sup>

Compartilhando do mesmo entendimento, afirma Sarlet que:

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.<sup>25</sup>

A doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII foi a contribuição para a concepção dos direitos fundamentais como naturais e inalienáveis, em razão da condição humana e, portanto, extensível a todos os homens, integrando-se ao direito interno mediante o reconhecimento na ordem jurídica positiva de determinado Estado. Essa concepção representou, no âmbito da evolução histórica dos direitos fundamentais, o reconhecimento do

<sup>21</sup> CANOTILHO, 2003, p. 394.

<sup>22</sup> BONAVIDES, 2008, p. 562.

<sup>23</sup> MORAES, 2006, p. 10.

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 153-154.

<sup>25</sup> SARLET, 2004, p. 50.

processo qualitativamente cumulativo e aberto das denominadas dimensões de direitos fundamentais.<sup>26</sup>

A Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro 1948, inicia uma nova fase na história dos direitos fundamentais. A partir dela, houve a positivação dos direitos humanos em nível internacional, não ficando os direitos fundamentais restritos apenas aos cidadãos de determinado Estado.<sup>27</sup>

Os direitos humanos fundamentais, consagradores da dignidade humana, da limitação do poder e do pleno desenvolvimento da personalidade humana, colocam-se com uma das previsões necessárias a todas as Constituições.<sup>28</sup>

Segundo Sarlet,

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.<sup>29</sup>

A Constituição é a condição de existência das liberdades fundamentais, pois pressupõe uma atuação juridicamente controlada e programada dos órgãos estatais, de forma que os direitos fundamentais somente terão eficácia em um autêntico Estado constitucional.<sup>30</sup>

Os direitos fundamentais podem ser classificados, de acordo com a evolução de seu processo de positivação, em gerações ou dimensões, as quais passaremos a estudar a partir de agora.

### 2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ACORDO COM A EVOLUÇÃO DO PROCESSO DE POSITIVAÇÃO

No final do século XVIII, assume importância as denominadas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais a partir do reconhecimento desses direitos nas primeiras Constituições, visto que diretamente vinculados às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, em especial pelo fato da transição do Estado Liberal, eminentemente formal, para o Estado de Direito, de caráter social e democrático.

---

<sup>26</sup> SARLET, 2004, p. 64.

<sup>27</sup> Ibid., p. 64-65.

<sup>28</sup> MORAES, 2006, p. 2.

<sup>29</sup> SARLET, op. cit., p. 67-68.

<sup>30</sup> Ibid. p. 68.

Também as novas necessidades foram decorrentes, entre outros fatores, do processo de industrialização e seus reflexos, bem como pelo processo de descolonização. O reconhecimento constitucional desses direitos caracteriza a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais pelo reconhecimento de seu *status* constitucional, material e formal.<sup>31</sup>

A Revolução Francesa do século XVIII consagrou, em seu lema, o conteúdo dos direitos fundamentais, pois com os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, profetizou até mesmo a seqüência histórica da gradativa institucionalização dos direitos fundamentais, os quais passaram a manifestar-se em gerações ou dimensões sucessivas que traduzem um processo cumulativo e quantitativo.<sup>32</sup>

Sarlet aduz que:

[...] não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfiar, na esteira da melhor doutrina.<sup>33</sup>

Em razão da acumulação de novos direitos fundamentais, e não da substituição destes ao longo do processo evolutivo de sua positivação, passaremos, a partir de agora, a utilizar o termo “dimensões de direitos fundamentais” neste estudo.

As dimensões dos direitos fundamentais marcam o processo de reconhecimento e afirmação desses direitos, os quais constituem categoria aberta e mutável.<sup>34</sup>

Ainda para Sarlet,

[...] alguns dos clássicos direitos fundamentais de primeira dimensão (assim como alguns de segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.<sup>35</sup>

Os direitos fundamentais, através de suas dimensões, revelam a capacidade de incorporar os desafios de cada época, conforme ensinamento de Ferreira Filho:

Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as *liberdades públicas*, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os *direitos econômicos e sociais*, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade da vida humana e outras mazelas, com os *direitos de solidariedade*. (grifo do autor)<sup>36</sup>

<sup>31</sup> SARLET, 2004, p. 43.

<sup>32</sup> BONAVIDES, 2008, p. 562-563.

<sup>33</sup> SARLET, op. cit., p. 53.

<sup>34</sup> Ibid., p. 61.

<sup>35</sup> SARLET, loc. cit.

<sup>36</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 15.

Os direitos fundamentais ocupam posição estrutural na caracterização de um Estado de Direito, desdobrando-se em quatro dimensões sucessivas: diretos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões, apresentando os três últimos, do ponto de vista hermenêutico, uma importância contemporânea superior às questões que no Estado liberal envolviam as relações entre os Poderes, sendo hoje a posição estrutural culminante ocupada pelos direitos fundamentais.<sup>37</sup>

A seguir, estudaremos cada uma das dimensões de direitos fundamentais.

### **2.3.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão**

Os direitos fundamentais de primeira dimensão correspondem, em sua maioria, à fase inicial do constitucionalismo ocidental e tratam-se dos direitos de liberdade, os quais são oponíveis ao Estado e correspondem a uma faculdade da pessoa, possuindo como característica singular sua subjetividade.<sup>38</sup>

Esses direitos tiveram um processo evolutivo que partiu do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar máxima amplitude, consolidando-se os direitos civis e políticos numa universalidade formal, sendo reconhecidos em toda a sua extensão na maioria das Constituições contemporâneas.<sup>39</sup>

Os direitos de liberdade, como também são conhecidos os direitos de primeira dimensão, têm por titular o indivíduo, valorizam o homem-singular e ostentam uma marcante subjetividade, sendo oponíveis ao Estado. Tais direitos empreendem uma nítida separação entre a sociedade e o Estado, pois impõem a este o dever de abstenção.<sup>40</sup> Constituem-se, de acordo com Bonavides: “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”<sup>41</sup>

A respeito dos direitos fundamentais de primeira dimensão, Sarlet explica que:

[...] são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcado uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> BONAVIDES, 2008, p. 601.

<sup>38</sup> Ibid., p. 563.

<sup>39</sup> BONAVIDES, loc. cit.

<sup>40</sup> Ibid., p. 563-564.

<sup>41</sup> Ibid., p. 564.

<sup>42</sup> SARLET, 2004, p. 54.

Os direitos de primeira dimensão são apresentados como direitos de cunho negativo, uma vez que requerem uma abstenção por parte do Estado, visando a proteção do indivíduo contra ingerências em sua autonomia pessoal. Sua concepção tem conotação jusnaturalista, ressaltando-se aí o direito à vida, liberdade e igualdade formal, os quais foram complementados, posteriormente, por um leque de liberdades (de expressão, de imprensa, de associação, de manifestação, de associação) e também pelos direitos de participação política, tais como o voto e capacidade eleitoral passiva.<sup>43</sup>

### 2.3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, denominados direitos de segunda dimensão, foram introduzidos no constitucionalismo do Estado Social e dominaram o século XX, conexos ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, visto que este os ampara e estimula.<sup>44</sup>

O advento dos direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, a partir de agora denominados, por nós, apenas direitos sociais, deu-se com a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, é proteger a instituição, uma realidade social aberta à participação criativa, à valoração da personalidade e a valores existenciais, em contraposição à teoria individualista.<sup>45</sup>

O reconhecimento de direitos vinculados à pessoa evoluiu a partir do desenvolvimento do princípio democrático e do acesso das diversas camadas sociais à vida política, evidenciando que o efetivo exercício dos direitos de primeira dimensão só poderiam ser alcançados com a garantia de algumas condições materiais.<sup>46</sup>

Para Ferreira Filho, “ao lado de direitos que impunham ao Estado limitações, que lhe determinavam abstenção: *não fazer*, foram reconhecidos direitos a prestações positivas do Estado, que se vê obrigado, não raro, a criar serviços públicos para atendê-los.” (grifo do autor)<sup>47</sup>

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, segundo Sarlet:

<sup>43</sup> SARLET, 2004, p. 54-55.

<sup>44</sup> BONAVIDES, loc. cit.

<sup>45</sup> Ibid., p. 565.

<sup>46</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 1 ed., 2 tir. Curitiba: Juruá, 2002, p. 141.

<sup>47</sup> FERREIRA FILHO, 2008, p. 292.

[...] não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho[...]<sup>48</sup>

A distinção entre os direitos de primeira e segunda dimensão, nas palavras de Bobbio, é concebida da seguinte forma:

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.<sup>49</sup>

Os direitos sociais, inicialmente, tiveram sua eficácia duvidosa em virtude de exigirem prestações materiais por parte do Estado, nem sempre satisfeitas em razão da limitação dos meios e recursos. Após, foram remetidos à esfera programática, em razão de não estarem protegidos pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Em seguida, atravessaram a crise de execução e observância, cujo fim parece estar próximo em razão da previsão nas recentes Constituições do preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.<sup>50</sup>

Conclui Bonavides que tais direitos estão vinculados “a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser ‘criados’, fazem assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração.”(grifo do autor)<sup>51</sup>

### 2.3.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos de terceira dimensão originaram-se em razão da consciência de um mundo partido entre nações, buscando-se uma concepção dotada de humanismo, universalidade e assentada sobre a fraternidade, tendo por destinatário o gênero humano, na afirmação de sua existencialidade concreta, enfim, uma concepção que tutelasse além dos direitos individuais e coletivos.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> SARLET, 2004, p. 56.

<sup>49</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72.

<sup>50</sup> BONAVIDES, 2008, p. 465.

<sup>51</sup> Ibid., p. 567.

<sup>52</sup> Ibid., p. 569.

Para Sarlet, tais direitos são:

[...] o resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.<sup>53</sup>

A concepção dos direitos de terceira dimensão decorre da degradação sofrida pelos direitos e liberdades fundamentais, em especial pelo uso de novas tecnologias, assumindo relevo o direito ao meio ambiente, à qualidade de vida, à paz, a autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e à liberdade de informática. A liberdade de informática, cujo reconhecimento faz-se necessário em razão do controle sobre a liberdade e intimidade individual através de bancos de dados pessoais e meios de comunicação, provoca dúvidas a respeito de seu enquadramento na terceira dimensão de direitos fundamentais devido a sua vinculação com os direitos de liberdade de expressão, liberdade de comunicação, intimidade e privacidade.<sup>54</sup>

A característica distintiva dos direitos fundamentais de terceira dimensão, ou direitos de fraternidade ou de solidariedade, é sua titularidade coletiva, às vezes indeterminável e indefinida, vez que vinculados à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e desprendendo-se, em princípio, do indivíduo como seu titular. Tais direitos, em sua maioria, não encontraram reconhecimento no direito constitucional dos Estados, estando, por outro lado, em fase de consagração no direito internacional, contando com um grande número de tratados e outros documentos internacionais nesse sentido.<sup>55</sup>

### **2.3.4 Direitos fundamentais de quarta dimensão**

Há uma tendência em reconhecer-se a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais que dá-se em razão da globalização desses direitos, fato que equivale a sua universalização no campo institucional, concebendo-se, assim, os direitos de quarta dimensão como a democracia, a informação e o pluralismo. Desses direitos depende a

---

<sup>53</sup> SARLET, 2004, p. 57.

<sup>54</sup> Ibid., p. 58.

<sup>55</sup> Ibid., p. 56-57.

formação da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de suas relações de convivência.<sup>56</sup>

A quarta dimensão de direitos fundamentais prevê uma democracia direta e isenta da manipulação da mídia, tendo como paralelos a informação e o pluralismo. O homem configura a presença moral da cidadania na democracia globalizada, ele é o centro para onde convergem todos os interesses do sistema.<sup>57</sup>

Conclui Bonavides que:

A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.<sup>58</sup>

De acordo com Sarlet,

A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.<sup>59</sup>

Em que pese a tendência de reconhecimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais, está longe de ser devidamente reconhecida no direito positivo interno e internacional, constituindo-se, por ora, em esperança em relação a um futuro melhor.<sup>60</sup>

Sarlet, discorrendo acerca da discussão em torno da autenticidade dos direitos fundamentais de terceira e quarta dimensão, dispõe que:

Mesmo em se considerando a controvérsia que grassa em torno do reconhecimento do caráter de autênticos direitos fundamentais de alguns dos direitos da terceira e da quarta dimensão, de modo especial, contudo, no que diz com a possibilidade de sua efetivação como direitos subjetivos, não há como negligenciar a relevância também destas novas dimensões de direitos fundamentais, para o progresso da humanidade.<sup>61</sup>

Todos os direitos fundamentais são direcionados para o futuro, abrindo perspectivas de mudanças e progresso e, mesmo carecendo de reconhecimento e positivação em nível interno e internacional, os direitos fundamentais de terceira e quarta dimensões revestem-se de absoluta relevância, não podendo ser menosprezados.<sup>62</sup>

Indo além da clássica tripartição das dimensões de direitos fundamentais e da tendência de reconhecer-se uma quarta categoria, Bonavides leciona a existência de uma

<sup>56</sup> BONAVIDES, 2008, p. 571.

<sup>57</sup> Ibid., p. 571-572.

<sup>58</sup> Ibid., p. 574.

<sup>59</sup> SARLET, 2004, p. 59-60.

<sup>60</sup> Ibid., p. 60.

<sup>61</sup> Ibid., p. 65.

<sup>62</sup> SARLET, loc. cit.

quinta dimensão de direitos fundamentais. Para esse autor, a ética social contemporânea é impulsionada pelo sentimento de humanismo e pelo cultivo da paz, logrando esta a dignidade de um direito e de um princípio constitucional, tal como insculpido no art. 4º, IV, da CF/88, tirando-o da obscuridade a que estava confinado enquanto esquecido direito de terceira dimensão.<sup>63</sup>

O direito à paz de quinta dimensão não se prende aos direitos previstos na terceira dimensão de direitos fundamentais, eis que avulta, nesta categoria, a direito ao desenvolvimento, ficando a paz no esquecimento.<sup>64</sup>

Reconhece-se uma espécie de poder constituinte moral que, buscando garantir a sobrevivência do homem na idade dos artefatos nucleares e da explosão tecnológica, eleva o direito à paz como um dos valores da democracia participativa, da igualdade e da justiça social.<sup>65</sup>

De acordo com Sarlet, o “direito à paz, cuja dimensão individual, em regra, não tem encontrado aceitação na doutrina, que se insurge contra a possibilidade de reconhecimento de um direito individual à paz, cuja titularidade pertenceria aos Estados, aos povos e à humanidade em seu todo.”<sup>66</sup>

É necessária a máxima cautela e a observância de rigorosos critérios no que diz com o reconhecimento de novos direitos fundamentais, a fim de que sejam mantidas a importância e o prestígio de tais reivindicações, no sentido de que correspondam, efetivamente, a valores fundamentais consensualmente reconhecidos, sob pena de colocar-se em risco sua fundamentalidade.<sup>67</sup>

## 2.4 FUNÇÕES

Os direitos fundamentais, segundo a classificação de Canotilho, desdobram-se em quatro funções. A primeira, de defesa ou de liberdade, caracteriza-se pela defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os Poderes do Estado, bem como de outros esquemas políticos coativos.<sup>68</sup>

<sup>63</sup> BONAVIDES, 2008, p. 591-592.

<sup>64</sup> Ibid., p. 583.

<sup>65</sup> Ibid., p. 592-593.

<sup>66</sup> SARLET, 2004, p. 62-63.

<sup>67</sup> SARLET, op. cit, p. 62.

<sup>68</sup> CANOTILHO, 2003, p. 408.

Ensina esse autor que:

a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>69</sup>

A segunda é a função de prestação social, que se traduz no direito do particular a obter algo através do Estado, referem-se aos direitos sociais a prestações (saúde, educação, segurança). Já a terceira função relaciona-se à proteção perante terceiros, conferindo ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais contra eventuais agressões, resultando no dever de adotar medidas positivas com o intuito de proteger o exercício dos direitos fundamentais da violação perante terceiros. Por fim, a quarta função é a de não discriminação, no sentido de que o Estado trate os seus cidadãos como fundamentalmente iguais, partindo do princípio da igualdade.<sup>70</sup>

Sarlet, relacionando a existência dos direitos fundamentais com sua necessária previsão na Constituição de um Estado de Direito e da dependência deste do reconhecimento dos direitos fundamentais, sob pena de não ter legitimidade, leciona que:

[...] os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.[...] importa reconhecer que a dimensão valorativa dos direitos fundamentais constitui, portanto, noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e importância num Estado de Direito que efetivamente mereça ostentar este título.<sup>71</sup>

Os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de direitos subjetivos de defesa do indivíduo em face do poder público, pois, em sua perspectiva jurídico-objetiva, incorporam determinados valores da comunidade, ampliam sua eficácia a todo ordenamento jurídico e fornecem diretrizes para os três poderes do Estado. Essa dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais implica em avaliar sua eficácia sob o ponto da sociedade, seu reconhecimento pela comunidade na qual está inserido e da qual não pode ser dissociado, já que se trata de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais desdobra-se, também, no que se denomina de eficácia dirigente que estes exercem em relação aos órgãos estatais, no sentido de que ao Estado incumbe a obrigação permanente de concretização desses direitos.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> CANOTILHO, loc. cit.

<sup>70</sup> Ibid., p. 407-410.

<sup>71</sup> SARLET, 2004, p. 70.

<sup>72</sup> Ibid., p. 151-156.

## 2.5 CARACTERÍSTICAS

Os direitos fundamentais estão em posição hermenêutica elevada em relação aos demais direitos previstos constitucionalmente, uma vez que apresentam diversas características como: *imprescritibilidade*, já que não se perdem pelo decurso do prazo; *inalienabilidade*, pois não há possibilidade de transferi-los; *irrenunciabilidade*, não se podendo deles dispor; *inviolabilidade*, tendo em vista a impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas; *universalidade*, já que englobam todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, entre outros; *efetividade*, pois a atuação do Poder Público deve garantir a efetivação desses direitos, bem como suas garantias; *interdependência*, uma vez que as diversas previsões constitucionais, embora autônomas, possuem intersecções para atingirem suas finalidades; e *complementariedade*, pois devem ser interpretados de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previsto pelo Constituinte.(grifo do autor)<sup>73</sup>

Silva aponta como caracteres dos direitos fundamentais a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade. Afirma ainda que o caráter absoluto atribuído aos direitos fundamentais, em face de concepções jusnaturalistas, não mais se sustenta em razão de existirem também direitos relativos, apesar de sua fundamentalidade. Direitos fundamentais absolutos têm seu conteúdo e incidência inteiramente decorrentes da norma constitucional que os estatuem, enquanto que os relativos têm seu conteúdo e incidência dependentes da observância dos requisitos legais.<sup>74</sup>

## 2.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) inovou em diversos aspectos em relação aos direitos fundamentais, entre as inovações destaca-se a situação topográfica a eles conferida, eis que positivados no início do texto, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), revelando-se parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda a ordem constitucional. Diferenciou-se também, o Constituinte, ao utilizar a terminologia “direitos e

---

<sup>73</sup> MORAES, 2006, p. 23.

<sup>74</sup> SILVA, 2000, p. 185-186.

garantias fundamentais”, pois as Constituições anteriores costumavam utilizar “direitos e garantias individuais”.(grifo do autor)<sup>75</sup>

Significativa evolução operou a CF/88 ao prever a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, afastando, em princípio, o caráter programático destes preceitos e concedendo um *status* jurídico diferenciado e reforçado aos direitos fundamentais<sup>76</sup>, conforme preceito contido em seu art. 5º, § 1º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.<sup>77</sup>

Aos direitos fundamentais estendem-se, em parte, as características atribuídas à CF/88, a qual é analítica, em face de seu grande número de dispositivos legais; pluralista, em razão de seu caráter compromissário; e programática e dirigente, em consequência do grande número de disposições estabelecendo fins, programas e diretrizes a serem perseguidas, dependentes de regulamentação legislativa. Seu cunho analítico conferiu ao Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), um extenso rol de artigos, parágrafos e incisos, além de direitos fundamentais dispersos ao longo de todo o texto fundamental. Seu atributo pluralista estabeleceu diversos novos direitos sociais, de liberdade e políticos. Já seu caráter programático e dirigente revela-se nos direitos fundamentais, através de imposições legiferantes e fins a serem buscados, apesar da imposição da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais previstas em seu art. 5º, §1º, inegável o reconhecimento de uma dimensão diretiva nesta seara e da necessidade de intervenção legislativa.<sup>78</sup>

A CF/88 traz, ainda, em art. 5º, §2ª, uma concepção materialmente aberta de direitos fundamentais, uma vez que assinala a existência destes em outras partes de seu texto, bem como em tratados internacionais. Tal previsão possibilita, de forma expressa, o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, não-escritos e os decorrentes do regime e princípios da Constituição.<sup>79</sup>

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

<sup>75</sup> SARLET, 2004, p. 77.

<sup>76</sup> SARLET, loc. cit.

<sup>77</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 set. 2008.

<sup>78</sup> SARLET, op. cit., p. 75-76.

<sup>79</sup> Ibid., p. 83.

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.<sup>80</sup>

Esses direitos, embora não previstos no catálogo reservado aos direitos fundamentais, são dotados de conteúdo e essencialidade similar a estes, denominando-se direitos materialmente fundamentais, que de acordo com Canotilho “são aqueles equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.”<sup>81</sup>

Sarlet, a respeito dos direitos fundamentais localizados fora do Título II, diz que:

[...] podem ser escritos (previstos na Constituição ou em tratados internacionais), ou decorrentes do regime e dos princípios (não-escritos), excluindo-se os implícitos, na medida em que subentendidos nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais do catálogo.<sup>82</sup>

Segundo esse autor os direitos fundamentais implícitos constituem um grupo que:

[...] engloba posições jurídicas fundamentais subentendidas nas normas de direitos fundamentais integrantes do catálogo não há, salvo melhor juízo, equiparação a fazer uma vez que a própria norma constitucional já reconhece – ainda que não expressamente – o direito fundamental não-escrito (implícito), nela subentendido.<sup>83</sup>

Em que pese a posição privilegiada ocupada pelos direitos fundamentais no texto da Constituição, possuem estes uma autonomia relativa no sistema constitucional que integram. Essa autonomia relativa é que determina a forma pela qual esses direitos se inter-relacionam com o restante da Constituição. Inexiste diferença hierárquica entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais originárias, já que inviável a inconstitucionalidade destas, devendo-se analisar a ordem constitucional de acordo com o princípio da unidade da Constituição, resolvendo-se os conflitos por meio da ponderação e harmonização dos princípios em pauta.<sup>84</sup>

Inconcebível, ademais, estabelecer-se uma hierarquia entre os direitos individuais e sociais, tendo em vista que ambos são elementos do bem maior: a dignidade da pessoa humana, que se traduz no mais alto valor incorporado à Constituição, devendo ser a base da interpretação do ordenamento jurídico.<sup>85</sup>

Os direitos fundamentais, no que diz respeito ao seu reconhecimento pela ordem jurídica interna, aos instrumentos postos à disposição dos operadores do Direito e às

<sup>80</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

<sup>81</sup> CANOTILHO, 2003, p. 404.

<sup>82</sup> SARLET, 2004., p. 104.

<sup>83</sup> SARLET, op. cit., p. 103-104.

<sup>84</sup> Ibid., p. 85-86.

<sup>85</sup> BONAVIDES, 2008, p. 658.

possibilidades de efetivação, estão vivendo a melhor fase da história do constitucionalismo pátrio.<sup>86</sup> A respeito da inovação da CF/88 em relação às Constituições brasileiras anteriores acerca dos direitos fundamentais, Sarlet diz ainda que “é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância.”<sup>87</sup>

### 2.6.1 Classificação

A CF/88 classifica os direitos fundamentais de acordo com o conteúdo do direito, com a natureza do bem protegido e com o objeto de tutela, em cinco grupos, a saber: direitos individuais (art. 5º), direitos coletivos (art. 5º), direitos sociais (art. 6º e 193 e ss), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (arts. 14 a 17), estando a maioria deles previstos no Título II, o qual trata dos direitos e garantias fundamentais.<sup>88</sup>

Os direitos individuais e coletivos correspondem àqueles diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e sua personalidade, previstos no artigo 5º, da CF/88. Os direitos sociais, caracterizados como liberdades positivas de efetivação obrigatória em um Estado Social de Direito, estão consagrados a partir do art. 6º. Os direitos de nacionalidade capacitam o indivíduo que possui o vínculo jurídico político que o liga ao Estado a exigir sua proteção, bem como sujeita-o ao cumprimento de deveres impostos. Os direitos políticos, os quais disciplinam a forma de atuação da soberania popular, possibilitando ao indivíduo o exercício de participação nos negócios políticos do Estado, de forma a conferir-lhe os atributos da cidadania, estão regulamentados no art. 14. Assegurou, também, a Carta Magna, os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos, conferindo a estes o caráter de instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado democrático de Direito.<sup>89</sup>

Na Constituição atual, as categorias de direitos humanos fundamentais integram-se harmonicamente e influenciam-se reciprocamente, até porque os direitos individuais

---

<sup>86</sup> SARLET, 2004, p. 80.

<sup>87</sup> Ibid., p. 73.

<sup>88</sup> SILVA, 2000, p. 187.

<sup>89</sup> MORAES, 2006, p. 25.

possuem uma dimensão social. Transita-se de uma democracia político-formal para a democracia social.<sup>90</sup>

Conclui Silva, que “a antítese inicial entre direitos individuais e direitos sociais tende a resolver-se numa síntese de autêntica garantia para a democracia, na medida em que os últimos forem enriquecendo-se de conteúdo e eficácia.”<sup>91</sup>

### **2.6.2 Direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**

Tradicionalmente consagrados nas Constituições brasileiras a partir de 1934, a CF/88 também previu os direitos sociais, apontados como direitos de segunda dimensão, os quais caracterizam-se por demandarem prestações positivas por parte do Estado, a fim de propiciar condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos.<sup>92</sup>

Os direitos sociais no constitucionalismo brasileiro estão previstos, em sua maioria, no art. 6º da CF/88, a saber: “são direitos sociais a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”<sup>93</sup>

Esses direitos recebem, no constitucionalismo positivo brasileiro, um tratamento jurídico elevado em razão dos princípios fundamentais expostos na CF/88 e de acordo com o adequado entendimento dos direitos e garantias individuais, sendo protegidos por uma intangibilidade que limita o constituinte derivado. Em razão disso, qualquer emenda constitucional tendente a abolir ou restringir a essência dos direitos sociais, estará indo de encontro ao espírito e natureza da Lei Maior, sendo, portanto, inconstitucional.<sup>94</sup>

Além disso, um capítulo próprio aos direitos sociais (Capítulo II – Dos Direitos Sociais) no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais) ressalta, de forma incontestável, sua fundamentalidade, uma vez que nas Constituições anteriores costumavam ser positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhe reconhecido caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria das normas de eficácia limitada.<sup>95</sup>

<sup>90</sup> SILVA, 2000, p. 187-188.

<sup>91</sup> Ibid., p. 188.

<sup>92</sup> FERREIRA FILHO, 2008, p. 315.

<sup>93</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

<sup>94</sup> BONAVIDES, 2008, p. 657.

<sup>95</sup> SARLET, 2004, p. 77.

Discorrendo acerca da disposição dos direitos fundamentais no Título II da CF/88, Moraes caracteriza os direitos sociais como sendo de “[...] observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da *igualdade social*, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático [...]” (grifo do autor)<sup>96</sup>

A observância dos direitos sociais, sua construção material sólida e sua inviolabilidade são os pressupostos mais eficazes e importantes da dignidade da pessoa humana e de uma sociedade democrática<sup>97</sup>, ensinando-nos Bonavides que, “sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais a sociedade livre, justa e solidária, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º).”<sup>98</sup>

A República brasileira, apresentada como um Estado Social e Democrático de Direito pela CF/88, acentua a importância dos direitos sociais materialmente fundamentais, mesmo os localizados fora do texto constitucional, uma vez que estes são os pressupostos para a concretização da igualdade material e para o exercício das liberdades individuais.<sup>99</sup>

### **2.6.3 Da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, §1º)**

A CF/88, com o intuito de garantir a efetividade dos direitos fundamentais nela assegurados, determinou no §1º do art. 5º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.<sup>100</sup>

Esse dispositivo, embora situado topograficamente no artigo que disciplina os direitos individuais e coletivos, estende-se a todos os direitos fundamentais localizados no texto constitucional e aos previstos em tratados internacionais (art. 5º, §2º, CF/88), conforme

<sup>96</sup> MORAES, loc. cit.

<sup>97</sup> BONAVIDES, loc. cit.

<sup>98</sup> BONAVIDES, loc. cit.

<sup>99</sup> SARLET, 2004, p. 95-96.

<sup>100</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

deduz-se de sua expressão literal (direitos e garantias fundamentais), assim como de uma interpretação sistemática e teleológica, pois o Constituinte não pretendeu excluir do âmbito do §1º, do art. 5º, da CF/88 direitos cuja fundamentalidade formal é inquestionável, como os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, entre outros.<sup>101</sup>

Canotilho, discorrendo acerca a aplicabilidade direta dos preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias previstas na Constituição portuguesa, no sentido que estes constituem regras e princípios jurídicos imediatamente eficazes e atuais por via da Constituição, leciona que “não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais.”<sup>102</sup>

A aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, prevista pelo art. 5º, §1º da CF/88, consagra uma posição jurídica diferenciada e reforçada aos direitos fundamentais, afastando, em princípio, o carácter programático desses preceitos. Embora não haja norma constitucional destituída de eficácia, os direitos fundamentais receberam um *status* jurídico reforçado que os distingue dos demais preceitos.<sup>103</sup>

Segundo Sarlet:

[...] o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem com sua proteção reforçada contra a ação erosiva do legislador, podem ser considerados elementos identificadores da existência de um sistema de direitos fundamentais também no direito constitucional pátrio, caracterizado por sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema que integra.<sup>104</sup>

Entre os direitos fundamentais, os direitos de defesa assumem, quanto à norma do art. 5º, §1º, um significado diferenciado, uma vez que são dotados de alta densidade normativa, considerando-se auto-aplicáveis. Outros direitos fundamentais, em especial os sociais, em razão da forma de sua positivação e de sua natureza prestacional, integram a categoria de normas dependentes de regulamentação legislativa, porém, nem por isso deixam de ter a seu favor o princípio da aplicabilidade imediata, mesmo que de forma diferenciada. Esse princípio impõe ao Poder Público o dever de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, contendo um carácter vinculante, uma vez que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deverão tornar tais direitos diretamente aplicáveis. Embora não se possa negar que alguns direitos carecem de normatividade suficiente para gerar seus efeitos, não estando aptos à aplicação imediata, impossível conceber-se o dispositivo previsto no art. 5º, §1º como norma supérflua, destituída de conteúdo em razão de não poder garantir a plena e

<sup>101</sup> SARLET, 2004, p. 254-255.

<sup>102</sup> CANOTILHO, 2003, p. 438.

<sup>103</sup> SARLET, op. cit, p. 77.

<sup>104</sup> Ibid., p. 85.

imediate aplicabilidade das normas carecedoras de regulamentação, pois não foi essa a intenção do Constituinte. Tem este dispositivo o caráter de um mandado de otimização, incumbindo os órgãos estatais o dever de extrair das normas consagradoras de direitos fundamentais a maior eficácia possível, sendo que estes direitos têm, em relação às demais normas do texto constitucional, maior aplicabilidade, embora possam existir distinções em razão da forma de positivação, do objeto e função de cada preceito.<sup>105</sup>

Iniciaremos, a partir de agora, o estudo da eficácia jurídica das normas constitucionais.

## 2.7 A EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E O CARÁTER PROGRAMÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A eficácia de uma norma jurídica diz respeito à aptidão para a produção dos efeitos que lhe são próprios, ou seja, para atingir a finalidade para a qual se destina. A qualidade de produzir os efeitos típicos da norma, em menor ou maior grau, é designada pela eficácia jurídica, portanto, esta relaciona-se à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade de uma determinada norma.<sup>106</sup>

A efetividade, também denominada eficácia social, diz respeito à concretização do conteúdo normativo, sua aplicação e observância no mundo dos fatos. Nesta acepção, a eficácia diz respeito à concretização do Direito, o desempenho de sua função social representada pela materialização dos preceitos legais, propiciando uma aproximação entre o *dever-ser* do comando normativo e o *ser* da realidade social. (grifo do autor)<sup>107</sup>

No que diz respeito à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, a doutrina construiu diversas classificações. Adotaremos neste estudo a classificação de José Afonso da Silva, a qual parte do pressuposto de que nenhuma norma constitucional é destituída de eficácia. Para o autor, as normas constitucionais dividem-se em três categorias, a

---

<sup>105</sup> SARLET, 2004, p. 259-265.

<sup>106</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8 ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 81.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 82-83.

saber: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.<sup>108</sup>

As normas de eficácia plena são aquelas que receberam do Constituinte a normatividade suficiente para incidirem de forma direta, imediata e integral, sendo independentes de lei posterior para sua aplicação. Portanto, já nasceram dotadas de todos os meios e elementos para sua executoriedade.<sup>109</sup>

As normas de eficácia contida, da mesma forma que as anteriores, receberam normatividade suficiente à realização dos interesses vinculados à matéria de que cogitam, porém, fazem expressa remissão a uma legislação futura visando restringir-lhes a plenitude da eficácia ao regular os direitos subjetivos que dela decorrem. Tais normas, portanto, aplicam-se de forma direta, imediata, mas não integral, uma vez que sujeitam-se a restrições.<sup>110</sup>

Já as normas de eficácia limitada são aquelas que não possuem normatividade para sua aplicação integral e imediata e dependem do legislador ordinário, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas, para atingir executoriedade plena. Dessa forma, têm aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, uma vez que sua incidência total depende de legislação ulterior que lhes desenvolva a eficácia. Tais normas subdividem-se em dois grupos, quais sejam: declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípio programático.<sup>111</sup>

As normas de eficácia limitada declaratórias de princípios institutivos ou organizativos são as que contêm esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos ou entidades. Tais normas, embora sejam de eficácia limitada, não são destituídas de aplicabilidade.<sup>112</sup>

As normas de eficácia limitada declaratórias de princípio programático – as quais nos interessam de forma especial nesta pesquisa, uma vez que abrangem os direitos sociais, aí incluído o direito à saúde - correspondem àquelas normas em que o Constituinte não regulou direta e imediatamente os interesses nela protegidos, apenas traçou princípios a serem cumpridos pelo Poder Público, como programas que visam os fins sociais do Estado. Tais normas, a partir de agora denominadas apenas programáticas, manifestam os elementos sócio-ideológicos da Constituição, os fins e objetivos do Estado.<sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 81-82.

<sup>109</sup> Ibid., p. 101-102.

<sup>110</sup> Ibid., p. 83 e 104.

<sup>111</sup> Ibid., p. 83 e 121.

<sup>112</sup> Ibid., p. 121-126.

<sup>113</sup> Ibid., p. 138-139.

Não são poucos os autores que negam juridicidade às normas programáticas, concebendo-as impraticáveis pelo fato de não conterem um conteúdo imperativo. Essa tese, hoje seriamente combatida, caracterizou como programática toda norma constitucional incômoda, descartando assim sua incidência.<sup>114</sup>

A juridicidade das normas constitucionais deve ser afirmada pelo simples fato de constarem na lei, pois, se elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos e prescrevem comportamentos públicos em razão dos interesses regulados, é inegável seu caráter vinculativo. Tais normas vêm perdendo a característica de programas, uma vez que contêm carga de obrigatoriedade no que diz respeito às finalidades a serem cumpridas pelo Poder Público, embora não apontem os meios para atingi-las.<sup>115</sup> A partir disso, conclui Silva que:

[...] as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes: I - estabelecem um dever para o legislador ordinário; II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV - constituem um sentido teleológico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas; V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.<sup>116</sup>

A evolução da concepção das normas programáticas como simples recomendações e programas a serem alcançados pelo Poder Público para a concepção de que tais normas possuem caráter impositivo e obrigatório, deu-se em razão da transição do Estado Liberal para o Estado Social, processo que passaremos a expor brevemente a partir de agora.

Do século XVIII ao século XX, deram-se as duas grandes revoluções da liberdade e da igualdade, seguidas de outras duas, a saber: a da fraternidade e a revolução do Estado Social, em sua acepção mais recente de concretização dos direitos constitucionais de liberdade e igualdade reais. As duas últimas são mais amplas, vez que têm em seus efeitos libertários a importância e profundidade essenciais tanto à sobrevivência como à qualidade de vida digna.<sup>117</sup>

As revoluções visam tornar efetiva uma forma de Estado. Assim, primeiramente, o Estado Liberal, seguido do Estado Socialista e do Estado social, sendo este dotado de Constituições programáticas e abstratas no que diz respeito ao teor de suas declarações de

<sup>114</sup> SILVA, 2004, p. 152-153.

<sup>115</sup> Ibid., p. 153-155.

<sup>116</sup> Ibid., p. 164.

<sup>117</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 5 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 1993, p. 15.

direitos. Por último, o Estado Social dos Direitos Fundamentais, capacitado juridicamente para a concretização dos preceitos e regras que garantem os direitos por ele declarados.<sup>118</sup>

A característica de Estado Social atribuída à República Federativa do Brasil está consagrada na CF/88, a qual, embora sem prever expressamente, fundamentou-o em diversos dispositivos do texto constitucional, conforme leciona Sarlet:

[...] além de outros princípios expressamente positivados no Título I de nossa Carta (como, por exemplo, os da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, etc), tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, que, além do rol dos direitos dos trabalhadores (arts. 7 a 11 da CF), inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (art. 6º e outros dispersos nos texto constitucional).<sup>119</sup>

Dentre as normas jurídicas, a programática é a que melhor reflete as mudanças sociais e a transformação dos valores em circulação em uma sociedade, tendo, em razão disso, caráter jurídico impreciso, para possibilitar que se operem mudanças e adaptações aos reclames sociais com mais celeridade. Os direitos sociais revolucionaram o sentido dos direitos fundamentais, conferindo-lhes uma nova dimensão, com normas mais abstratas e genéricas.<sup>120</sup>

O Estado democrático e social, onde predomina a liberdade e a salvaguarda da ampla esfera de autonomia individual, só pode ser alcançado pela ação do Estado, pois a liberdade é mera aparência se não há iguais oportunidades, decorrentes de se garantirem a todos as condições de vida e de expansão da personalidade. Essencial a intervenção do Estado nos domínio econômico e social, vez que a liberdade humana é condicionada pelo meio econômico-social.<sup>121</sup>

A respeito dos direitos sociais, ensina-nos Bonavides que:

A Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.<sup>122</sup>

Discorrendo a respeito das escusas de cumprimento dos preceitos constitucionais alegando seu caráter programático como uma justificativa cômoda ao descumprimento da Constituição, Bonavides afirma que “as normas programáticas [...] constituem no Direito

---

<sup>118</sup> BONAVIDES, loc. cit.

<sup>119</sup> SARLET, 2004, p. 71.

<sup>120</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 245-246.

<sup>121</sup> FERREIRA FILHO, 2008, p. 103.

<sup>122</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 656-667.

Constitucional contemporâneo o campo onde mais fluídas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política.”<sup>123</sup>

Bastos, afastando o entendimento de que as normas programáticas revelam um compromisso, um direito com caráter programático, no sentido de comportar a discricionariedade do Poder Legislativo quanto ao momento de efetivá-la, afirma:

Não há dúvida que vista por este ângulo a norma programática torna-se um engodo. Iludem-se reciprocamente os que a aprovarem, assim como, em conjunto, iludem a nação. É óbvio que a fixação de um direito, cuja implementação fica inteiramente ao sabor das condições políticas prevalecentes no órgão Legislativo, não é em nada diferente de um direito pura e simplesmente não contemplado pela Constituição. É curial, também, que se as condições políticas forem favoráveis na Casa das Leis, o direito pode ser instituído independentemente da sua previsão constitucional, o que significa dizer que ela não serviu para nada. Ou, na melhor das hipóteses, foi útil tão-somente para deixar certo que a Constituição não proíbe tal sorte de medida.<sup>124</sup>

Existe um valor normativo em todos os preceitos constantes no texto constitucional, reconhecendo-se a eficácia vinculante das normas programáticas, tendo em vista que é um requisito à natureza jurídica da Constituição.<sup>125</sup>

Canotilho sintetiza afirmando que:

[...] marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve dizer-se que hoje não há mais normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas tarefa, normas programa que impõem uma atividade (...) Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição.<sup>126</sup>

Para esse doutrinador, a concepção de que os direitos sociais dependem, necessariamente, de uma concretização legislativa para sua realização “equivale praticamente a um grau zero de garantia.”<sup>127</sup> O sentido da norma programática não é o de simples programas, exortações morais ou apelos ao legislador, desprovidos de vinculação jurídica, porque toda norma constitucional deve ser considerada obrigatória perante o Poder Público.<sup>128</sup>

Analisaremos, em seguida, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual tem como pressuposto a efetivação dos direitos fundamentais e constitui-se um dos fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito brasileiro.

## 2.8 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

<sup>123</sup> BONAVIDES, 2008, p. 245.

<sup>124</sup> BASTOS, 2000, p. 88.

<sup>125</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 236.

<sup>126</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 190.

<sup>127</sup> Id. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 481.

<sup>128</sup> Ibid., p. 1176-1177.

A dignidade da pessoa humana, considerada para muitos uma qualidade intrínseca e indissociável de todo ser humano, constitui-se um dos postulados do direito constitucional contemporâneo, sendo o seu respeito e proteção uma meta permanente da humanidade a ser alcançada pela efetivação dos direitos fundamentais, razões pelas quais passaremos à análise desse princípio.<sup>129</sup>

### 2.8.1 Evolução histórica

O valor da dignidade da pessoa humana tem suas origens no mundo antigo, com o pensamento cristão. A mensagem de Jesus Cristo e seus seguidores foi pioneira na valorização individual do homem, enfatizando o indivíduo em si e também o valor do outro, fato que despertou os sentimentos de solidariedade com o próximo.<sup>130</sup>

O movimento iluminista, muitos séculos após, com sua crença na razão humana, substituiu a religiosidade do centro do sistema de pensamento pelo próprio homem. O desenvolvimento do humanismo propiciou a busca pelos direitos individuais do homem e pelo exercício democrático do poder.<sup>131</sup>

Posteriormente, Immanuel Kant formula a concepção do homem consigo próprio e com o mundo ao seu redor, sustentando que o Direito e o Estado deverão ser organizados em benefício dos indivíduos e defendendo a necessidade da separação de poderes e da aplicação do princípio da legalidade.<sup>132</sup> Ensina Barcellos que, para Kant, “o homem é um fim em si mesmo – e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação – dispondo de uma dignidade ontológica. O Direito e o Estado, ao contrário, é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos.”<sup>133</sup>

A concepção de homem formulada por Kant continua a valer como um axioma do ocidente, embora a ela tenham sido agregadas novas preocupações. No início do século XX algumas Constituições procuraram consagrar os direitos individuais e a separação de poderes,

---

<sup>129</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 26-27.

<sup>130</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104-105.

<sup>131</sup> Ibid., p. 106.

<sup>132</sup> Ibid., p. 106-107.

<sup>133</sup> Ibid., p. 107.

sendo os direitos sociais progressivamente reconhecidos constitucionalmente a partir da Primeira Guerra Mundial.<sup>134</sup>

Foram os horrores da Segunda Guerra Mundial e o extermínio de milhares de pessoas que despertaram o mundo para a necessidade da consagração desse princípio.<sup>135</sup> De acordo com Barcellos, “A reação à barbárie do nazismo e dos fascismos em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade a pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais.”<sup>136</sup>

### 2.8.2 O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988

Na história do constitucionalismo pátrio, a CF/88 foi a primeira a positivar o princípio da dignidade da pessoa humana, prevendo-o juntamente com os demais princípios fundamentais em seu art. 1º, III, conferindo a estes a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional.<sup>137</sup> Dessa forma, reconheceu-se que “[...] é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”<sup>138</sup>

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

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.<sup>139</sup>

O valor dignidade da pessoa humana, além de estar contido entre os princípios fundamentais, foi previsto também no art. 170, *caput*, da CF/88, onde estabelece que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, no art. 226, §7º, servindo de fundamento para o planejamento familiar e para a paternidade responsável e no art. 227, *caput*, quando assegura à criança e ao adolescente uma existência digna.<sup>140</sup>

<sup>134</sup> BARCELLOS, 2002, p. 107-108.

<sup>135</sup> Ibid., p. 108.

<sup>136</sup> BARCELOS, loc. cit.

<sup>137</sup> SARLET, 2004, p. 108-109.

<sup>138</sup> Ibid., p. 110-111.

<sup>139</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

<sup>140</sup> SARLET, op. cit., p. 109.

Os princípios constitucionais constituem-se normas informadoras e conformadoras de toda a ordem constitucional, servindo sua força normativa de base para um conceito material da Constituição, vinculando, assim, a atuação do Estado e dos particulares.<sup>141</sup>

Canotilho, conceituando princípios, leciona que estes:

[...] são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de <<tudo ou nada>>; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <<reserva do possível>>, fáctica ou jurídica. (grifo do autor)<sup>142</sup>

Há que reconhecer-se uma superioridade dos princípios constitucionais em relação às demais normas, uma vez que o conteúdo daqueles deverá nortear o significado e alcance das regras jurídicas. Desta forma, o operador jurídico deverá sempre optar pela interpretação que mais se coaduna aos princípios constitucionais aos quais se vincula a disposição legal em questão.<sup>143</sup>

Revela-se, a dignidade da pessoa humana, um princípio de árdua conceituação, vez que traduz-se em contornos vagos e imprecisos, apesar de ser inegável que a dignidade é algo real, pois não há dificuldades em identificar as situações em que ocorre a sua violação.<sup>144</sup>

A dignidade constitui-se numa qualidade intrínseca do ser humano, sendo, portanto, irrenunciável e inalienável, uma vez que não pode ser destacada de seu titular. Dessa forma, independe de circunstâncias concretas, pois é inerente a toda e qualquer pessoa.<sup>145</sup>

Consagrado na CF/88, o princípio da dignidade da pessoa humana tem dupla acepção. A primeira é a que diz respeito a um direito individual protetivo em relação ao Estado e aos demais indivíduos. A segunda é a que estabelece um dever de tratamento igualitário, exigindo-se que o indivíduo respeite a dignidade de seu semelhante, assim como a Constituição Federal exige que a respeitem.<sup>146</sup>

Segundo Moraes,

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos

---

<sup>141</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 65.

<sup>142</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1255.

<sup>143</sup> CRISTÓVAM, op. cit., p. 99-100.

<sup>144</sup> SARLET, 2004, p. 40.

<sup>145</sup> Ibid., p. 41.

<sup>146</sup> MORAES, 2006, p. 48-49.

fundamentais, *mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.* (grifo do autor)<sup>147</sup>

Sarlet, analisando a dignidade humana, explica que:

[...] trata-se de uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>148</sup>

Os princípios fundamentais da CF/88 têm íntima relação com os direitos fundamentais, eis que os direitos à vida, à liberdade e à igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana. Parte significativa dos direitos sociais são pressupostos tanto do princípio da dignidade da pessoa humana (saúde, educação, etc.), como dos princípios consagradores do Estado Social de Direito.<sup>149</sup>

Sarlet também aduz que:

[...] além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado democrático e social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo.<sup>150</sup>

Para Barcellos, “é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade da pessoa se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles.”<sup>151</sup>

Vieira de Andrade, no mesmo sentido, diz que “realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.”<sup>152</sup>

Bastos, discorrendo acerca dos fundamentos da república federativa do Brasil, ensina que, “embora a dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do

<sup>147</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed., São Paulo : Atlas, 2007.

<sup>148</sup> SARLET, 2004, p. 60.

<sup>149</sup> Ibid., p. 106.

<sup>150</sup> Ibid., p. 72.

<sup>151</sup> BARCELOS, 2002, p. 110-111.

<sup>152</sup> VIEIRA DE ANDRADE, apud BARCELOS, 2002, p. 111.

legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico.”<sup>153</sup>

A dignidade da pessoa humana, além de relacionar-se à proteção e respeito da integridade física e à isonomia, está intrinsecamente associada à garantia de condições justas e adequadas de vida ao indivíduo e sua família, onde assume relevo a efetivação dos direitos sociais como o trabalho, a seguridade social, entre outros, visando à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material. Dessa forma, conclui-se que onde não houver respeito pela vida e integridade física das pessoas, onde não se asseguram as condições mínimas para uma existência digna, onde a identidade e intimidade das pessoas vêm-se submetidas a indevidas ingerências, onde a igualdade em relação aos demais não é garantida, onde não há limites ao poder, não há lugar para da dignidade da pessoa humana.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> BASTOS, 2000, p. 158.

<sup>154</sup> SARLET, 2004, p. 118.

### 3 DIREITO À SAÚDE

#### 3.1 CONCEITO

Inicialmente, em razão da amplitude do conceito de saúde, cumpre-nos defini-lo para, em seguida, traçar os limites da concepção de saúde adotada neste estudo.

O direito à saúde pode ser definido como “o conjunto de regras aplicáveis às atividades cujo objeto seja restaurar a saúde humana, protegê-la e prevenir sua degradação.”<sup>155</sup> Essas regras traduzem-se em ações públicas em matéria sanitária. As aspirações individuais e a convicção da responsabilidade do Estado pela saúde, seja para atender àquelas aspirações, seja para cumprir com sua finalidade, atribuíram o atual caráter do direito à saúde.<sup>156</sup>

A Organização Mundial da Saúde (OMS) formulou um amplo conceito, prevendo em sua Constituição que a “saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças e outros agravos.”<sup>157</sup>

Segundo Dejours, citado por Schwartz, “a saúde para cada homem, mulher ou criança é ter os meios de traçar um caminho pessoal e original, em direção ao bem-estar físico, psíquico e social.”<sup>158</sup>

A saúde constitui-se um sistema aberto, dinâmico, o qual não comporta definições estáticas e definitivas, uma vez que varia de acordo com sua evolução e com o avanço dos demais sistemas com os quais se relaciona.<sup>159</sup> Ainda segundo Schwartz, a saúde prevista na CF/88 pode ser definida como “um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao ser particular estado de bem-estar.”<sup>160</sup>

---

<sup>155</sup> FORGES apud DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo : Hucitec, 1995, p. 19.

<sup>156</sup> Ibid., p. 20.

<sup>157</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt.htm>>. Acesso em: 09 set. 2008.

<sup>158</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 43.

<sup>159</sup> Ibid., p. 38-39.

<sup>160</sup> Ibid., p. 43.

Para Martinez, “consideram-se ações de saúde, no sentido de instituição securitária, um conjunto de normas, medidas governamentais, ações públicas e privadas direcionadas para a prevenção e o tratamento de doenças.”<sup>161</sup>

O direito à saúde, concebido como dever do Estado, tem sido objeto de reivindicação judicial, especialmente em relação à chamada assistência terapêutica integral, a qual está entre as prestações mais pleiteadas judicialmente em razão de sua urgência, individualização, imediatismo e apelo emocional e ético.<sup>162</sup>

Santos conceitua assistência terapêutica da seguinte forma:

A assistência terapêutica integral compreende o conjunto de ações e serviços que visam ao tratamento das doenças e agravos à saúde, subseqüentes ao procedimento diagnóstico, destinadas a garantir ao indivíduo a proteção do seu potencial biológico e psicossocial e a recuperação de sua saúde.<sup>163</sup>

Nesta pesquisa faremos uma análise do dever do Estado em relação à saúde curativa, entendida esta como assistência terapêutica integral, a qual visa recuperar o indivíduo das doenças que o acometem. Discutiremos a possibilidade de concessão individual de prestações materiais na área da saúde pelo Poder Judiciário, bem como os limites fáticos e jurídicos existentes.

### 3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE SAÚDE

Desde os primórdios da humanidade a busca pela preservação da saúde é uma realidade, sendo constatada a existência de feiticeiros, curandeiros e xamãs nas sociedades primitivas com o objetivo de promover a cura dos males que afetavam as pessoas. Na esfera religiosa, a saúde era o reflexo da valorização da vida, externada pelo medo da morte.<sup>164</sup>

Primeiramente, a saúde foi relacionada à eliminação dos males, pois os seres humanos, ao longo do tempo, foram acometidos por doenças que ameaçavam sua sobrevivência, como os surtos de lepra, peste e cólera nos tempos bíblicos. Na Índia e China antigas a varíola ameaçou a população, assim como na antiguidade greco-romana a malária foi

<sup>161</sup>

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I – Noções de Direito Previdenciário. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 230.

<sup>162</sup> SANTOS, Lenir. Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 821, 2 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7378>>. Acesso em: 07 set. 2008.

<sup>163</sup> SANTOS, loc. cit.

<sup>164</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 28.

a preocupação. Na Idade Média a peste bubônica, conhecida como peste negra, assolou a Europa, causando a morte de 25 milhões de pessoas, entre outras doenças com potencial destrutivo que afligiram a humanidade. Procurava-se uma solução para a preservação da espécie, pois as epidemias ameaçavam a extinção de populações inteiras. Essa solução, norteadada pela cura dos males, tinha como base, no início da civilização humana, a magia, sendo os procedimentos curativos desencadeados por meio desta, a qual era o único conhecimento de que se dispunha para rechaçar as doenças.<sup>165</sup>

Mesmo com o surgimento dos médicos, por volta de 4000 a.C., e com o início de certa cientificidade, o tratamento das doenças ainda era feito com invocações sobrenaturais, como a invocação de divindades pelos assírios e babilônicos e o uso de amuletos e rituais para o exorcismo dos demônios no Egito antigo. Os médicos, nessa época, eram também sacerdotes.<sup>166</sup>

Foi na Grécia que se deu o rompimento da relação da concepção de doença com a magia ou a religiosidade, construindo, os gregos de Esparta, o primeiro conceito de saúde, expresso no brocardo “*Mens Sana In Corpore Sano*”, que representa o ser humano ideal pela relação equilibrada entre corpo e mente em proporções harmoniosas. (grifo do autor)<sup>167</sup>

Hipócrates foi o grande marco da medicina grega. Esse cientista afastou a religião da esfera das doenças e desenvolveu a observação empírica, revelando uma visão epidemiológica das enfermidades. Suas idéias perduram até a atualidade, em especial a noção de doença como algo palpável e com causas naturais.<sup>168</sup>

Os romanos seguiram a tradição grega, desenvolvendo uma engenharia sanitária que atendesse às necessidades advindas da concentração populacional nas grandes cidades, aderindo assim à progressiva cientificidade que se estava atribuindo à saúde.<sup>169</sup>

Na Idade Média, obteve-se um retrocesso no que tange à saúde. A Europa retomou as práticas supersticiosas da pré-Antiguidade greco-romana, sendo a ineficiência dos procedimentos mágicos compensados por meio da caridade, a qual se traduzia na construção dos primeiros hospitais. Estes não ofereciam um tratamento aos doentes, mas os isolavam do restante da sociedade, uma vez que representavam uma ameaça.<sup>170</sup>

A Igreja, de forma contraditória, foi quem retomou as idéias greco-romanas, iniciando nos mosteiros, por volta de 1240, processos de dissecação de cadáveres, as quais

<sup>165</sup> SCHWARTZ, 2001, 28-29.

<sup>166</sup> Ibid., p. 29.

<sup>167</sup> Ibid., p. 29-30.

<sup>168</sup> Ibid., p. 30.

<sup>169</sup> Ibid., p. 31.

<sup>170</sup> Ibid., p. 31-32.

originaram o primeiro livro ilustrado sobre anatomia no ano de 1543. Formam-se as primeiras corporações médicas de que se tem notícia e, no século XV, condenou-se a alquimia, surgindo, assim, as condições para o nascimento da saúde pública na concepção moderna.<sup>171</sup>

No século XVII concebe-se a saúde sob um prisma científico e caracteriza-a como a ausência de doenças, ocorrendo grandes descobertas no âmbito da cura e detecção de enfermidades.<sup>172</sup>

A concepção da saúde como ausência de doenças ainda é predominante no século XVIII, sendo que nessa época os Estados Unidos começam a defini-la como um bem acessível a todos, sendo seguido pela Revolução Francesa.<sup>173</sup>

A sociedade industrial aliou ao conceito de saúde a idéia de que o trabalhador não poderia adoecer, pois dessa forma não produziria. A industrialização exigia a máxima força de trabalho possível, sendo a doença um transtorno ao funcionamento das indústrias. Dessa forma, a saúde, na concepção liberal, tinha o intuito de repor o indivíduo ao seu posto de trabalho, fazendo-o produzir.<sup>174</sup> Conceituava-se a saúde como a ausência de enfermidades, atribuindo caráter mecanicista à doença. Tal definição baseou-se no pensamento de Descartes (1596-1650), o qual comparou o ser humano a uma máquina e acreditou poder identificar a causa da conservação da saúde.<sup>175</sup>

A preocupação com a questão sanitária sob um prisma científico foi reforçada no século XIX, com a assinatura da Primeira Conferência Internacional Sanitária, em 1851, mesmo que permeada por interesses capitalistas em razão das epidemias de cólera, peste e febre amarela que assolavam muitos trabalhadores. Em 1864 foi criada a Cruz Vermelha Internacional.<sup>176</sup>

A concepção individualista de saúde do Estado Liberal e da sociedade industrial acaba por demonstrar-se insuficiente, uma vez que não atendia aos anseios de promoção da saúde e de construção de uma sociedade igualitária. Afastando a visão individualista, passou-se a defender que a tutela do direito à saúde deveria estender-se a todos os membros da sociedade, para ser garantido de forma eficaz. As influências do mundo exterior sobre a saúde humana começaram a adquirir relevância, especialmente no caso dos trabalhadores, os quais eram submetidos a condições insalubres e desgastantes em sua rotina de trabalho. Buscou-se propiciar condições dignas de vida à população, sob uma visão social e

<sup>171</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 32.

<sup>172</sup> SCHWARTZ, loc. cit.

<sup>173</sup> SCHWARTZ, loc. cit.

<sup>174</sup> Ibid., p. 33-35.

<sup>175</sup> DALLARI, 1995, p. 18.

<sup>176</sup> SCHWARTZ, op. cit., p. 34.

coletiva, numa clara acepção preventiva em matéria de saúde.<sup>177</sup>

O ambiente social herdado da Revolução Industrial propiciou amplos debates acerca do conceito de saúde, o qual girava em torno de duas correntes: a que entendia a saúde como a ausência de enfermidades e a que a relacionava com as condições do meio ambiente. Os grupos marginais ao processo de produção compreendiam a saúde como diretamente relacionada às condições do meio em que viviam. Já o desenvolvimento de remédios específicos que atacavam os germes causadores de determinadas doenças propiciava a definição de saúde como a ausência de doenças. Tais debates foram interrompidos com o início da segunda Guerra Mundial.<sup>178</sup>

Após essa guerra, a sociedade que sobreviveu estava carente de recursos financeiros, descrente na organização social e com a necessidade premente de um novo pacto, o qual foi personificado pela ONU. Essa Organização reconheceu a saúde, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, como um direito humano.<sup>179</sup>

As transformações sociais e as guerras mundiais do século XX fizeram com que o conceito de saúde curativa fosse repensado. A Revolução Russa de 1917, com uma nova forma de administrar e pensar a sociedade, trouxe idéias que se chocaram com o individualismo liberal. Após as duas grandes guerras, com o surgimento do Estado do Bem-Estar Social, começa a ganhar espaço a tese preventiva da saúde, concebendo-a como um direito a qual todos tenham acesso e atribuindo ao Estado o dever de intervir, através de serviços básicos de atividade sanitária, no sentido de propiciar a saúde aos seus cidadãos.<sup>180</sup>

A partir de 1948 a legislação internacional principiou a regulamentação da saúde como um direito de todos, relacionando-a a um processo biológico e social e afastando a idéia que a relacionava à produtividade e interesses capitalistas. A Constituição da República Italiana em 1º de janeiro de 1948 eleva a saúde a direito fundamental do homem e, em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem elenca a saúde como direito de toda pessoa em seu art. 25, *in verbis*:<sup>181</sup>

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto a alimentação, ao vestuário, ao alojamento, a assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito a segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade.<sup>182</sup>

<sup>177</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 32-33.

<sup>178</sup> DALLARI, loc. cit.

<sup>179</sup> Ibid., p. 19.

<sup>180</sup> SCHWARTZ, loc. cit.

<sup>181</sup> Ibid., p. 45.

<sup>182</sup> SCHWARTZ, loc. cit.

A saúde foi solenemente reconhecida como um direito humano fundamental pela Constituição da OMS de 1946, órgão da ONU, ao reconhecer que “a posse do melhor estado de saúde que o indivíduo pode atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano.”<sup>183</sup>

Também foi a OMS quem erigiu o marco referencial do conceito de saúde, abrangendo as duas correntes anteriores ao reconhecer que o equilíbrio interno e do homem com o ambiente é essencial para uma completa definição de saúde.<sup>184</sup> Enuncia o preâmbulo da Constituição da OMS: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças e outros agravos.”<sup>185</sup>

Tal conceito vai além da concepção curativa e preventiva, estabelecendo a esfera de promoção da saúde, onde, além ausência de doenças, prevê a necessidade de um completo bem-estar físico, mental e social.<sup>186</sup>

### 3.3 PERSPECTIVA HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Comparando-se a dimensão histórico-constitucional do direito à saúde no Brasil com a evolução da legislação sanitária internacional, observa-se que houve um atraso no reconhecimento jurídico constitucional desse direito no ordenamento brasileiro, constatação que pode ser feita a partir da evolução histórica que passaremos a transcrever.<sup>187</sup>

A Constituição do Império de 1824, embora com características liberais próprias da época, representou inovações no aspecto social, em consonância com os direitos humanos do século XX. Todavia, o direito à saúde não foi previsto, uma vez que o país não possuía estrutura para garanti-lo, pois escassos eram os hospitais e os serviços de vigilância sanitária. Nessa época, entendia-se a saúde como fato relacionado às divindades, não cabendo ao Estado intervir. No âmbito internacional o direito à saúde ainda não se encontrava positivado, portanto a Constituição brasileira estava em consonância com o liberalismo da época.<sup>188</sup>

---

<sup>183</sup> DALLARI, loc. cit.

<sup>184</sup> SCHWARTZ, 2001., p. 35.

<sup>185</sup> SCHWARTZ, loc. cit.

<sup>186</sup> Ibid., p. 43.

<sup>187</sup> Ibid., p. 35.

<sup>188</sup> Ibid., p. 44.

A Constituição Republicana de 1891 representou um retrocesso em relação aos direitos sociais, se comparada à Constituição Imperial, e também não previu o direito à saúde.<sup>189</sup>

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, na qual se busca erigir um Estado Social brasileiro, revela algumas preocupações sanitárias em seu art. 10, II, no qual prevê a responsabilidade da União, Estados e Municípios em relação à matéria. As duas Constituições seguintes, a de 1937 e 1946 silenciam em relação ao direito à saúde.<sup>190</sup>

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, diversos países previram o direito à saúde em suas Constituições, porém o Brasil, embora signatário, não procedeu a significativo avanço, apenas fazendo referência à matéria no art. 8º, XIV, da Constituição de 1967, onde delegava competência à União para estabelecer planos nacionais de saúde e educação.<sup>191</sup>

Em 1976 foi firmado o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual tratou do direito à saúde em seus artigos 1º, 2º e 12. Nesse mesmo ano, a Constituição de Portugal procedeu a uma ampla regulamentação do tema, impondo deveres ao Estado e concebendo a defesa e promoção da saúde como dever de todos. Também previu um serviço nacional de saúde com gestão descentralizada e participativa.<sup>192</sup>

Em consonância com este novo espectro do direito à saúde no âmbito internacional, bem como influenciada pelo anseio de conceber no Brasil um Estado Social Democrático após a ditadura militar iniciada em 1964, o relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde, de 1986, declarou que:

Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

<sup>193</sup>

A incorporação dos direitos sociais no ordenamento jurídico constitucional nacional ocorreu lentamente, tendo a primeira República os ignorado e evitado referir-se à saúde. Até a promulgação da CF/88 não havia previsão constitucional explícita à saúde como integrante do interesse público, base do pacto social.<sup>194</sup>

---

<sup>189</sup> SCHWARTZ, loc. cit.

<sup>190</sup> Ibid., p. 44-45.

<sup>191</sup> Ibid., p. 46.

<sup>192</sup> Ibid., p. 46-47.

<sup>193</sup> CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Relatório da 8ª conferência nacional de saúde**. Disponível em: <<http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes>>. Acesso em: 09 ago. 2008.

<sup>194</sup> DALLARI, 1995, p. 23.

No Brasil, o direito à saúde somente ganhou a devida regulamentação, como princípio constitucional e elemento de cidadania dos brasileiros, com a promulgação da CF/88, em evidente atraso em relação à legislação internacional, apenas assegurado após quarenta anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem.<sup>195</sup>

Segundo Silva, “é espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem.”<sup>196</sup>

Passaremos agora ao estudo do direito à saúde na Constituição vigente.

### 3.3.1 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988

A CF/88, de cunho eminentemente social, traz em seu art. 6º o direito à saúde, reconhecendo-o como um direito fundamental social, ou seja, direitos que "demandam realização concreta, fazendo do Estado um agente de suma importância para sua concretização."<sup>197</sup>

Prevê o art. 6º, da CF/88:

Art. 6º 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.<sup>198</sup>

Inicialmente, cumpre-nos afastar qualquer dúvida porventura existente a respeito da caracterização do direito à saúde como um autêntico direito fundamental (formal e materialmente) na CF/88 e, conseqüentemente, de sua submissão ao regime jurídico próprio desses direitos.<sup>199</sup>

A fundamentalidade formal relaciona-se ao direito constitucional positivo, no qual os direitos fundamentais compõem o ápice do ordenamento jurídico, submetem-se a limites formais e materiais de reforma constitucional (art. 60, §4º, CF/88) e constituem-se normas

<sup>195</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 47-48.

<sup>196</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 307.

<sup>197</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 566.

<sup>198</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 set. 2008.

<sup>199</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em:<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 28 set. 2008.

diretamente aplicáveis (art. 5º, §1º, CF/88). Tendo em vista a inclusão do direito à saúde no título que trata dos direitos e garantias fundamentais na CF/88, inegável o reconhecimento de que é um direito formalmente fundamental.<sup>200</sup>

Os limites materiais de reforma constitucional acima descritos estão enunciados no art. 60, §4º, da CF/88, que assim dispõe:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.<sup>201</sup>

A aplicabilidade direta dos direitos fundamentais está prevista no art. 5º, §1º, da CF/88, abaixo transcrito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.<sup>202</sup>

Já a fundamentalidade material decorre de conterem, os direitos fundamentais, decisões sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, em especial no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. Nesse sentido, somente a análise de seu conteúdo irá caracterizá-los como tais. Por intermédio de seu art. 5º, §2º, a CF/88 permitiu a abertura a outros direitos fundamentais não previstos em seu texto, portanto, apenas materialmente fundamentais. Outorga-se ao direito à saúde também a característica de direito materialmente fundamental, uma vez que indiscutível sua relevância e essencialidade, eis que diretamente vinculado à vida e à dignidade da pessoa humana. Em razão de sua fundamentalidade, reconhece-se a proteção jurídica reforçada dada a esse direito, inclusive em relação às demais normas constitucionais (art. 5º, §1º, CF/88), sendo, portanto, excluído do âmbito da disponibilidade plena dos poderes constituídos, no sentido de que, utilizando-se de uma exegese inclusiva do art. 60, §4º, IV, da CF/88, encontram-se protegidos contra eventual erosão ou supressão operada pelo poder de reforma constitucional.<sup>203</sup>

<sup>200</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004, p. 86-88.

<sup>201</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

<sup>202</sup> \_\_\_\_\_, Constituição (1988), loc. cit.

<sup>203</sup> SARLET, op. cit., p. 86-88 e 308.

A existência de direitos fundamentais não previstos no texto constitucional está fundamentada no art. 5º, §2º, da CF/88, o qual dispõe que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.<sup>204</sup>

O atributo de direito fundamental à saúde é tão relevante que, em países onde a Constituição não o previu expressamente, houve seu reconhecimento como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha. Isso porque uma ordem constitucional que reconhece o direito à vida e à integridade física e corporal, evidentemente, também deverá proteger a saúde, sob pena de restar esvaziada a proteção dos bens antes mencionados.<sup>205</sup>

Para Dallari, “[...] o reconhecimento da saúde como um direito fundamental da pessoa humana introduziu uma temática nova no direito brasileiro, tanto pela necessidade de se estabelecer o conteúdo desse direito, quanto pela exigência óbvia de se fixar a responsabilidade por sua efetivação.”<sup>206</sup>

A saúde, além de sua previsão no catálogo dos direitos fundamentais (no art. 6º da CF/88), consta no título da ordem social, compondo, juntamente com a assistência social e a previdência social, um sistema maior que é a seguridade social. Foi no artigo 196 e seguintes que se deu a maior concretização normativo-constitucional do direito à saúde. Tratam-se de normas que remetem ao legislador a regulamentação das diretrizes ali previstas, as quais contêm caráter impositivo, uma vez que é direito fundamental e que nenhuma norma constitucional é destituída de força normativa.<sup>207</sup>

A saúde é prevista com um direito fundamental social no art. 6º, da CF/88, o qual dispõe:

Art. 6º 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.<sup>208</sup>

Já o art. 196, da CF/88, prevê que:

<sup>204</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

<sup>205</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 3, jan. 2002, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 ago. 2008.

<sup>206</sup> DALLARI, 1995, p. 14.

<sup>207</sup> SARLET, 2004, p. 320.

<sup>208</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.<sup>209</sup>

O legislador disciplinou o direito à saúde previsto constitucionalmente através da Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, regulando as ações e serviços de saúde executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado em todo o território nacional.<sup>210</sup>

O Decreto nº 3.048/99, que aprova o regulamento da Previdência Social, o qual dispõe de um título reservado à saúde que prevê, em seu art. 2º, os princípios e diretrizes da organização das atividades da saúde:

Art. 2º A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Parágrafo único. As atividades de saúde são de relevância pública e sua organização obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:

I - acesso universal e igualitário;

II - provimento das ações e serviços através de rede regionalizada e hierarquizada, integrados em sistema único;

III - descentralização, com direção única em cada esfera do governo;

IV - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas;

V - participação da comunidade na gestão, fiscalização e acompanhamento das ações e serviços de saúde;

VI - participação da iniciativa privada na assistência à saúde, obedecidos os preceitos constitucionais.<sup>211</sup>

Deduz-se do artigo 196 da CF/88, acima transcrito, um direito a prestações estatais positivas em ações e serviços de promoção e recuperação da saúde, sendo dever do Estado oferecer, de forma isonômica e universal, serviços preventivos e curativos de atendimento à saúde da população.<sup>212</sup>

O estabelecimento do direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, abrangendo as esferas preventiva, curativa e da qualidade de vida possui caráter inovador na CF/88. A expressão “recuperação” coaduna-se com o que se convencionou chamar de saúde

<sup>209</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

<sup>210</sup> LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 113.

<sup>211</sup> BRASIL. Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999. Aprova o regulamento da previdência social, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 08 out. 2008.

<sup>212</sup> TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**: custeio da seguridade social, previdência social, saúde e assistência social. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25.

curativa, já os termos “redução do risco de doença” e “proteção” relacionam-se à saúde preventiva, ao passo que o termo “promoção” está ligada à qualidade de vida.(grifo do autor)<sup>213</sup> O conceito de saúde previsto no art. 196 da CF/88 revela-se amplo e impreciso, sendo necessária a delimitação de seu objeto para, a partir daí, aferir-se o que poderá ser exigido dos Poderes Públicos nessa área. Em virtude disso, Santos propôs, para uma melhor compreensão do disposto no art. 196, sua divisão em duas partes:

a) a primeira de linguagem mais difusa que corresponde a programas sociais e econômicos que visem à redução coletiva de doenças e seus agravos, com melhoria da qualidade de vida do cidadão. Esta primeira parte diz respeito muito mais à qualidade de vida, numa demonstração de que saúde tem conceito amplo que abrange o bem estar individual, social, afetivo, psicológico, familiar etc. e não apenas a prestação de serviços assistenciais; e

b) a segunda parte, de dicção mais objetiva, obriga o Estado a manter, na forma do disposto nos arts. 198 e 200 da Constituição e na Lei nº 8.080/90, ações e serviços públicos de saúde que possam promover a saúde e prevenir, de modo mais direto, mediante uma rede de serviços regionalizados e hierarquizados, os riscos de adoecer (assistência preventiva) e recuperar o indivíduo das doenças que o acometem (assistência curativa).

[...]

O parâmetro para o financiamento da saúde deve ser as atribuições que foram dadas ao SUS pela Constituição e por leis específicas e não a primeira parte do art. 196 da CF, uma vez que os fatores que condicionam a saúde são os mais variados e estão inseridos nas mais diversas áreas da Administração Pública, não podendo ser considerados como competência dos órgãos e entidades que compõe o Sistema Único de Saúde.<sup>214</sup>

A CF/88, evidenciando a essencialidade desse direito, definiu a ações e serviços de saúde como de relevância pública em seu art. 197, o qual dispõe que:

Art. 197. 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.<sup>215</sup>

Para Carvalho e Santos, o termo relevância pública expressa a pretensão do legislador de “[...] enunciar a saúde como um estado de bem estar prioritário, fora do qual o indivíduo não tem condições de gozar outras oportunidades proporcionadas pelo Estado [...]”<sup>216</sup>

Analisaremos, a partir de agora, a competência legislativa e executiva atribuída aos entes federados em matéria de saúde.

<sup>213</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 27.

<sup>214</sup> SANTOS, loc. cit.

<sup>215</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

<sup>216</sup> CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: comentários à lei orgânica da saúde (Lei n. 8080/90 e Lei n. 8142/90)**. 2.ed., São Paulo: HUCITEC, 1995, p.287.

### 3.3.2. Competência constitucional legislativa e executiva no âmbito da saúde

A CF/88 privilegiou a competência comum dos entes federados pela execução das tarefas julgadas essenciais à fruição do direito à saúde. Dessa forma, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são comumente competentes para cuidar da saúde<sup>217</sup>, conforme art. 23, II, abaixo exposto:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:  
[...]  
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;<sup>218</sup>

No tocante à competência legislativa sobre a proteção e defesa da saúde, há concorrência entre os entes federados, cabendo à União o estabelecimento de normas gerais, o que foi feito através da Lei nº 8.080/90, e aos Estados e municípios sua suplementação (art. 24, §1º e 2º c/c art. 30, II). Deduz-se, por óbvio, que se as competências são comuns, também a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm, igualmente, responsabilidades comuns. Do exame da atribuição de competências na Constituição vigente conclui-se que nenhuma das esferas do poder político é isenta da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde.<sup>219</sup>

A competência legislativa concorrente dos entes federados encontra-se prevista no art. 24, XII, §§ 1º e 2º, da CF/88, abaixo transcrito:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:  
[...]  
XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;  
[...]  
§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.  
§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.<sup>220</sup>

A competência legislativa suplementar dos Municípios está prevista no art. 30, II, CF/88, o qual dispõe que:

Art. 30. Compete aos Municípios:  
[...]  
II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;<sup>221</sup>

<sup>217</sup> DALLARI, 1995, p. 39-42.

<sup>218</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

<sup>219</sup> DALLARI, loc. cit.

<sup>220</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

<sup>221</sup> \_\_\_\_\_. Constituição (1988), loc. cit.

Segundo Rigo,

Considerando-se que a saúde no Brasil rege-se pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento; a igualdade de acesso às ações e serviços que a promove, protege e recupera; da descentralização da gestão administrativa, cujo trabalho é democrático (art. 194 da CF); e da solidariedade financeira, uma vez que financiada pela sociedade como um todo, direta e indiretamente (art. 195 da CF), todos os entes públicos possuem competência comum e responsabilidade solidária para garantir a prestação de meios para garantir esse direito fundamental. Portanto, qualquer divisão de atribuições existente entre os entes do Estado é meramente administrativa e não tem o condão, por si só, de limitar o seu acesso. [...] Assim, existe responsabilidade solidária entre os entes estatais na gestão da saúde como um todo, em que pese suas divisões administrativas de responsabilidade. Essas divisões, porém, são irrelevantes para o cidadão, subsistindo, sempre, o dever estatal à prestação da saúde.<sup>222</sup>

Dallari nos traz o seguinte entendimento:

A conclusão inevitável do exame da atribuição de competência em matéria sanitária é que a Constituição Federal vigente não isentou qualquer esfera de poder política da obrigação de proteger, defender e cuidar da saúde. Assim, a saúde – “dever do Estado” (art. 196) – é responsabilidade da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.<sup>223</sup>

Nesse sentido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF):

Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.<sup>224</sup>

Compartilhando do mesmo entendimento, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de que:

A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda.<sup>225</sup>

A CF/88 não atribuiu exclusividade ao Poder Público na execução das medidas afetas a essa área, prevendo, em seu art. 197, a atuação de terceiros quando dispõe que a execução das ações e serviços de saúde deverá “ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”<sup>226</sup>

A princípio, a saúde é livre à iniciativa privada (art. 199, CF/88), porém, esta deverá participar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde (SUS), segundo as

<sup>222</sup> RIGO, Vivian. Saúde: direitos de todos e de cada um. In: ASSIS, 2007, p. 176.

<sup>223</sup> DALLARI, op. cit., p.42.

<sup>224</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.192, Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2008.

<sup>225</sup> \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 2007/0031240-4 da 1ª turma, Brasília, DF, 26 de junho de 2007. Disponível em < <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2008.

<sup>226</sup> \_\_\_\_\_. Constituição (1988), loc. cit.

diretrizes deste. Tal participação se dará mediante contrato de direito público ou convênio, preferindo-se as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. É vedada a destinação de recursos públicos, para auxílio ou subvenção, às instituições privadas com fins lucrativos, bem como não é permitido às empresas ou capitais estrangeiros a participação direta ou indireta da assistência à saúde no país, exceto nos casos previstos em lei.<sup>227</sup>

O Ministério da Saúde, por meio do SUS, é o responsável pelas ações de serviços de Saúde, devendo cumprir as diretrizes do art. 198, CF/88, abaixo transcrito. O SUS será financiado, nos termos do § 1º deste artigo, com recursos provenientes do orçamento da Seguridade Social, dos entes federados, além de outras fontes. A Emenda Constitucional nº 29/00 procurou disciplinar a matéria do financiamento da saúde acrescentando os §§ 2º e 3º ao art. 198, os quais prevêem percentuais mínimos, a serem definidos em lei complementar, sobre a arrecadação tributária a serem repassados pela União aos Estados, e destes aos Municípios.<sup>228</sup>

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

- I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;
- II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;
- III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

- I - os percentuais de que trata o § 2º;
- II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;
- III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;
- IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.<sup>229</sup>

<sup>227</sup> TSUTIYA, 2008, p. 27.

<sup>228</sup> Ibid., p. 26.

<sup>229</sup>

A competência do SUS, traçada no art. 200, da CF/88 tem caráter primordialmente preventivo, senão vejamos:<sup>230</sup>

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.<sup>231</sup>

A responsabilidade do Poder Público não é imediata, uma vez que cabe ao interessado, antes de socorrer-se ao Estado, esgotar as demais vias, de acordo a uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais e em conformidade com a Lei nº 8.080/90,<sup>232</sup> que dispõe em seu art. 2º, §2º que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.” Tal entendimento corrobora a acepção distributiva de bens associada aos direitos sociais, conforme o entendimento de Ferreira Filho, citado por Azem, para quem “na sociedade, existe a necessidade de cooperação e apoio mútuo. Nela, como o esforço de todos beneficia a cada um, todos devem auxiliar-se ou socorrer-se uns aos outros. Tal auxílio ou socorro é evidentemente tão mais imperativo quanto mais grave a necessidade por que passa o semelhante.”<sup>233</sup>

Passamos à análise das dimensões do direito à saúde, o qual, além de caracterizar-se, eminentemente, como um direito à prestações, possui também uma dimensão afeta aos direitos de defesa, como veremos em seguida.

### 3.4 AS DIMENSÕES NEGATIVA E POSITIVA DO DIREITO À SAÚDE

<sup>230</sup> TSUTIYA, 2008, p. 27.

<sup>231</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

<sup>232</sup> AZEM, Guilherme Beux Nassif. Direito à saúde e comprovação da hipossuficiência. In: ASSIS, 2007, p. 17.

<sup>233</sup> AZEM, loc. cit.

A previsão constitucional do direito à saúde abrange duas dimensões: uma negativa, no sentido de que se constitui um direito de defesa, e uma positiva, a qual traduz-se num direito à prestações, a exemplo de diversos outros direitos sociais. Embora destaque-se uma dimensão prestacional, no sentido de que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade, o direito à saúde também fundamenta posições subjetivas negativas, no sentido de proteção contra ingerências indevidas do Estado e particulares.<sup>234</sup>

Para Sarlet:

[...] o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.<sup>235</sup>

Iniciaremos, a partir de agora, a análise de cada uma das dimensões do direito à saúde.

### 3.4.1 Dimensão negativa

Em sua dimensão negativa, ou defensiva, o direito à saúde refere-se ao fato de que, como um bem jurídico fundamental, encontra-se protegido contra qualquer agressão do Estado e particulares, no sentido de que estes têm o dever jurídico de não afetar a saúde dos indivíduos, de não fazer algo que possa prejudicá-la. Assim, qualquer ação do Poder Público configura-se inconstitucional e, portanto, poderá ser objeto de uma ação judicial individual ou coletiva em sede de controle concreto ou abstrato da constitucionalidade.<sup>236</sup>

Ainda no que diz respeito à dimensão negativa do direito à saúde, temos o princípio da vedação do retrocesso, o qual impede que o legislador desconstitua o grau de concretização dado às normas constitucionais sem que haja uma compensação ou alternativa para tanto. Especialmente em relação aos direitos sociais, e aqui especificamente ao direito à saúde, que depende de normas infraconstitucionais para ampliarem sua eficácia, tal princípio

---

<sup>234</sup> SARLET; FIGUEIREDO, loc. cit.

<sup>235</sup> SARLET, 2002, p. 9.

<sup>236</sup> Ibid., p. 10.

revela-se importante, pois impede que o legislador venha revogar, pura e simplesmente, as normas infraconstitucionais concretizadoras daquele direito.<sup>237</sup>

A tese da proibição do retrocesso, ou vedação do retrocesso, como define Barroso, é ainda incipiente na doutrina e jurisprudência nacional, e é conceituada da seguinte forma:

Por este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. [...] O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação.<sup>238</sup>

O princípio da proibição do retrocesso social, também denominado proibição de contra-revolução social ou evolução reacionária, significa que, uma vez obtido certo grau de concretização dos direitos sociais, estes passam a constituir um direito subjetivo e uma garantia institucional. Neste sentido, o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado pelo Poder Público é constitucionalmente garantido, sendo sua anulação, revogação ou esvaziamento, sem a previsão de medidas compensatórias ou alternativas, revela-se inconstitucional. A proibição do retrocesso social, embora nada possa fazer contra as recessões e crises econômicas, impõe um limite à reversão dos direitos adquiridos.<sup>239</sup>

Conclui Canotilho que a reversibilidade dos direitos sociais traduz-se “em clara violação do *princípio da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.”(grifo do autor)<sup>240</sup>

### 3.4.2 Dimensão positiva

A dimensão positiva, ou prestacional, refere-se à possibilidade do titular desse direito, a princípio qualquer pessoa, exigir do Poder Público uma prestação material no âmbito da saúde, tal qual um tratamento médico, fornecimento de medicamentos, exames laboratoriais e demais serviços relacionados a essa área.<sup>241</sup>

A dimensão positiva é a que acarreta as maiores discussões no seio da doutrina, até pelo fato de que a CF/88 não definiu o objeto do direito à saúde e não deixou claro se esse direito refere-se a toda e qualquer prestação relacionada à saúde humana ou se abrange apenas

<sup>237</sup> SARLET, loc. cit.

<sup>238</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152-153.

<sup>239</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra : Almedina, 2003, p. 339-340.

<sup>240</sup> Ibid., p. 339.

<sup>241</sup> SARLET, 2002, p. 12.

prestações básicas e essenciais. Em razão desse conceito genérico, coube à legislação infraconstitucional definir o objeto do direito à saúde e ao Poder Judiciário ser o intérprete da legislação constitucional e infraconstitucional afeta ao tema.<sup>242</sup>

De acordo com Sarlet:

Se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas no que diz com a possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestações, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa [...]<sup>243</sup>

Indaga-se a possibilidade de concessão, através do Poder Judiciário, de prestações positivas no âmbito da saúde, uma vez que o Poder Público não tem logrado sequer o atendimento às necessidades básicas nesta área, não sendo raras as ações judiciais pleiteando tais prestações por parte do Estado<sup>244</sup>, matéria da qual nos ocuparemos no próximo tópico.

### 3.5 DO RECONHECIMENTO DE UM DIREITO SUBJETIVO ÀS PRESTAÇÕES MATERIAIS NA ÁREA DA SAÚDE

O reconhecimento de um direito subjetivo oponível ao Estado com base no art. 196 da CF/88, obrigando-o a prestações materiais independente de legislação ordinária é um tema, como já referimos acima, de muitas controvérsias, em especial pelo fato da complexa classificação jurídica do direito à saúde no ordenamento jurídico constitucional pátrio, o que influi diretamente na possibilidade de sua efetivação<sup>245</sup>, bem como em virtude de que fatores totalmente alheios ao controle humano podem afetar a saúde das pessoas e também de que as prestações nessa área têm uma amplitude cada vez maior e um custo cada vez mais elevado.<sup>246</sup>

Os direitos subjetivos, passíveis de serem exigidos pelo seu titular em face do seu destinatário, são definidos por Canotilho da seguinte forma:

---

<sup>242</sup> SARLET, loc. cit.

<sup>243</sup> Id. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004, p. 275.

<sup>244</sup> Id. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002, p. 12. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 09 ago. 2008.

<sup>245</sup>

SCHWARTZ, 2001, p. 56.

<sup>246</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 176-177.

Diz-se que uma norma garante um direito subjectivo quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o <<direito>> a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, partilhar esse acto. O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma *relação trilateral* entre o titular, o destinatário e o objecto do direito. (grifo do autor)<sup>247</sup>

Barroso entende direito subjectivo como:

[...] o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse. [...] tendo características essenciais: a) a ele corresponde sempre um *dever jurídico* por parte de outrem; b) ele é *violável*, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma *pretensão*, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.<sup>248</sup>

Percebe-se que as normas disciplinadoras do direito à saúde previstas a partir do art. 196 da CF/88, não se constituem normas de eficácia plena, uma vez que é delegada pelo Constituinte, em diversos dispositivos, a tarefa de concretização desse direito ao legislador ordinário. Nos arts. 196 a 200, em relação à forma de positivação, temos normas de cunho programático impositivo, enunciando (o art. 196) a saúde como um direito de todos e dever do Estado e impondo aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara, como a promoção de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, a garantia do acesso universal e igualitário às ações e prestações na área da saúde. A eficácia limitada das normas reflete-se também quando a Constituição remete ao legislador a regulamentação das ações e serviços de saúde (art. 197), a criação e fixação das diretrizes do SUS e no rol exemplificativo das atribuições do sistema único de saúde, nos termos da lei (art. 200).<sup>249</sup>

A respeito da classificação do direito à saúde como norma de eficácia limitada, de caráter programático, manifestou-se o STF no sentido de que:

O direito público subjectivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. [...] o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que

<sup>247</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1.254.

<sup>248</sup> BARROSO, 2006, p. 293.

<sup>249</sup> SARLET, 2004, p. 320-322.

compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.<sup>250</sup>

E também do STJ:

[...] despcienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196 da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição brasileira, de que ‘a saúde é direito de todos e dever do Estado’ (art. 196).<sup>251</sup>

A plena efetivação do direito à saúde está associada a um conjunto de fatores, como a capacidade econômica do Estado, estilo de vida das pessoas, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, os quais denominam-se pressupostos de direitos fundamentais e condicionam, de forma positiva ou negativa, a existência e proteção desses direitos. Tais pressupostos são de todos os direitos fundamentais, porém os direitos sociais têm particular relevância em razão de, em sua maioria, subentenderem prestações.<sup>252</sup>

Em virtude da grande disponibilidade de recursos públicos exigida pelo Estado para a efetivação e garantia dos direitos sociais, aderiu-se à concepção da reserva do possível, no sentido que tais direitos só existiriam quando e enquanto houvesse recurso financeiro. Para atenuar esse argumento, a doutrina formulou a sustentação de que a única vinculação possível e razoável exigível do Estado seria aquela afeta à garantia do mínimo existencial em direitos prestacionais.<sup>253</sup>

A idéia do mínimo existencial, ou de núcleo da dignidade da pessoa humana, vem sendo desenvolvida como uma proposta de solução para boa parte das dificuldades encontradas quando se trata da efetivação dos direitos sociais. O mínimo existencial representa um subconjunto dentro dos direitos sociais, minimizando assim os custos para sua efetivação e definindo o que pode efetivamente ser exigido do Estado em termos de prestações.<sup>254</sup>

A doutrina alemã pós-guerra desenvolveu a teoria do mínimo existencial com o objetivo de superar a ausência de direitos fundamentais sociais na Constituição. A Corte

<sup>250</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº [271.286-AgR](#), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, Brasília, DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

<sup>251</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso MS nº 11183 - PR, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasília, DF, 04 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

<sup>252</sup> CANOTILHO, 2003, p. 473.

<sup>253</sup> Ibid., p. 481.

<sup>254</sup> BARCELLOS, 2002, p. 118.

Constitucional Alemã, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física, extraiu o direito a um mínimo de existência mediante a interpretação sistemática da Constituição e do princípio do Estado Social.<sup>255</sup>

Sarlet, em sua obra, expõe o entendimento de Starck, Breuer e Alexy e, após a análise da teoria de cada um deles, as quais passaremos a transcrever sumariamente, fundamenta sua conclusão a respeito do reconhecimento de um direito subjetivo a prestações sociais, ao menos no que diz respeito ao mínimo existencial. Os três modelos apresentados aderem a um padrão mínimo de segurança material que deverá ser assegurado por meio dos direitos fundamentais, os quais deverão garantir uma liberdade real, embora nenhum deles faça referência à possibilidade de ir além desse patamar mínimo.<sup>256</sup>

Starck é contrário ao reconhecimento de direitos originários a prestações pela via interpretativa das normas direitos fundamentais, porém admite a existência de tais direitos mediante alguns requisitos, quais sejam: premente necessidade de assegurar materialmente um direito de liberdade; determinabilidade do conteúdo da prestação e a garantia dos recursos necessários sem invasão na competência do legislador em matéria orçamentária. Esse autor sustenta que as condições existenciais mínimas não gera excessiva carga ao orçamento público e que incumbe ao Estado evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais, assegurando as condições materiais mínimas para sua fruição.<sup>257</sup>

Breuer defendendo uma concepção minimalista (garantia apenas do mínimo existencial pelo Estado), entende que a realização da justiça social, dever do Estado, apenas pode ser aferida tendo-se como parâmetro o grau de garantia das liberdades fundamentais, razão pela qual os direitos subjetivos às prestações estatais só podem ser reconhecidos quando indispensáveis à manutenção das liberdades fundamentais. Para esse autor, o indivíduo encontra-se numa dependência da atuação dos poderes públicos, não tendo condições de exercer de forma autônoma sua liberdade sem o auxílio do Estado. É tarefa do legislador a garantia de um *standart* mínimo, só sendo admitidos direitos subjetivos originários a prestações quando aquele não cumprir com suas obrigações, colocando seriamente em risco as liberdades fundamentais. Há, no entanto, dificuldades em estabelecer-se qual seria esse *standart* mínimo, pois este é definido analisando-se o caso concreto, sendo inviável formular-se um padrão, não podendo essa teoria ser adotada de forma geral.<sup>258</sup>

<sup>255</sup> KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 42.

<sup>256</sup> SARLET, 2004, p. 338-341.

<sup>257</sup> Ibid., p. 338-339.

<sup>258</sup> Ibid. p. 339-340.

Breuer, assim como Starck, sustenta que, em se tratando de um *standart* mínimo de proteção social, não se cogita uma sobrecarga orçamentária, pelo fato de ser mínima e irrelevante se comparada às possibilidades financeiras do Estado.<sup>259</sup>

Alexy entende que o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações deve ser analisado à luz da ponderação entre os princípios colidentes no caso concreto, sendo que, se a garantia do padrão mínimo em direitos sociais for considerada prioritária e se requerer apenas uma restrição proporcional dos bens jurídicos em colisão, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação. Para esse autor, as condições para o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações encontram-se satisfeitas quando correspondem ao padrão social mínimo em direitos sociais. Tal padrão social mínimo não é definido pelo autor, mas ele reconhece, ao contrário de Starck e Breuer, que sua garantia sempre será relevante financeiramente, repercutindo na esfera orçamentária, porém a competência orçamentária não assume feições absolutas, já que outros direitos fundamentais poderão preponderar.<sup>260</sup>

Sarlet conclui, a partir dos doutrinadores acima referidos, que em razão da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, ao menos em relação às condições existenciais mínimas, há um limite à liberdade de conformação do legislador, pois onde falta esse mínimo compromete-se o próprio exercício da liberdade, esvaziando, inclusive, os direitos de defesa.<sup>261</sup>

Já Barcellos utiliza-se dos ensinamentos de Walzer e Rawls para explicar a teoria do mínimo existencial, concluindo que os dois autores reconhecem a necessidade de garantia desse conteúdo mínimo de direitos fundamentais, sendo sua asseguuração indispensável em qualquer forma de organização social. Conforme Barcellos, de acordo com Rawls não há a efetiva fruição dos direitos de liberdade sem o mínimo existencial, bem como é inviabilizada a justiça distributiva. Já para Walzer, esse mínimo existencial, além de constituir um valor das sociedades liberais ocidentais, é também uma imposição de moralidade mínima, no sentido de que é inerente à natureza humana, um aspecto universal do indivíduo, sendo um pressuposto da participação democrática dele em qualquer sociedade.<sup>262</sup>

Em relação à vinculação do direito à saúde ao direito indisponível à vida, ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático e Social de Direito, Fortes, citado por Krämer, ensina que:

---

<sup>259</sup> SARLET, loc. cit.

<sup>260</sup> Ibid., p. 340-342.

<sup>261</sup> Ibid., p. 345.

<sup>262</sup> BARCELLOS, 2002, p. 139.

Como expressão do direito à vida, imbuído na noção de dignidade da pessoa humana, o direito à saúde situa-se, assim, como direito individual fundamental (artigo 5º da Constituição Federal), e sua satisfação encontra-se no cerne dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 1º, III, da Constituição Federal). De forma objetiva, consta já no elenco de direitos sociais trazidos pelo artigo 6º da Carta Constitucional.<sup>263</sup>

A CF/88, como já referido, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e elenca como um direito fundamental a vida, sendo esta uma garantia quase absoluta, só excetuada em casos de guerra declarada. Outorgou-se a esse direito um lugar de destaque entre as demais normas constitucionais, tendo o Estado o dever de, além de garantir sua inviolabilidade, agir positivamente no sentido de promovê-la e garanti-la. Em que pese a relevância dos diversos direitos sociais previstos na Carta Magna, é no direito à saúde que se encontra mais evidente a vinculação de seu objeto (prestações materiais relativas à assistência médica, hospitalar, farmacêutica, etc.) com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. É na pessoa viva que a dignidade da pessoa humana expressa-se plenamente, embora reconheça-se alguns efeitos decorrentes desse princípio após a morte, a vida é a condição para o exercício dos demais direitos garantidos constitucionalmente, além de condição para a manifestação daquele princípio.<sup>264</sup>

Neste sentido, conclui Sarlet que:

[...] a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba - como sói acontecer - por se equiparar à aplicação de uma pena de morte, sem crime, sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos.<sup>265</sup>

O STJ, em manifestação acerca da garantia pelo Estado de fornecimento de medicamentos e tratamento médico em caráter de urgência a pessoa necessitada, aduziu que:

O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.<sup>266</sup>

Em relação à indagação se a saúde é um direito subjetivo e, portanto, passível de ser pleiteado pelo seu titular administrativa ou judicialmente, Schwartz afirma que “A resposta é (e tem de ser) positiva”.<sup>267</sup>

<sup>263</sup> KRÄMER, Ana Cristina O Poder Judiciário e as ações na área da saúde. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro 2006. Disponível em:

<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Ana\\_Kramer.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm)>. Acesso em: 08 set. 2008.

<sup>264</sup> SARLET, 2004, p. 320-322.

<sup>265</sup> Ibid., p. 322.

<sup>266</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 948.579 - RS (2007/0099821-0), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, Brasília, DF, 21 de agosto de 2008. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

<sup>267</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 56.

Santos, concordando com tal entendimento, leciona que “o cidadão tem o direito de obter do serviço público de saúde, após o diagnóstico, a atenção terapêutica individualizada, de acordo com as suas necessidades. Para cada caso, segundo as suas exigências, e em todos os níveis de complexidade dos serviços.”<sup>268</sup>

No mesmo sentido, entende Tojal, citado por Schwartz, que “está, pois, o Estado juridicamente obrigado a exercer as ações e serviços de saúde visando a construção de uma nova ordem social, cujos objetivos, repita-se, são o bem-estar e a justiça sociais, pois a Constituição lhe dirige impositivamente essas tarefas”.<sup>269</sup>

Dias, citado por Schwartz, sustenta que “ao Estado caberá dar uma assistência integral em matéria de preservação da saúde quando a ausência de sua atuação puser em risco a coletividade ou quando se evidenciar uma articulação de esforços e recursos fora do alcance da capacidade individual.”<sup>270</sup>

Dessa forma, entende-se que, apesar de carecerem de eficácia plena as normas constitucionais relativas à saúde, como já referimos acima, o fato desse direito ser pressuposto do direito à vida - o qual ocupa posição de destaque no ordenamento jurídico constitucional - e da dignidade de pessoa humana, faz com que seja reconhecido um direito subjetivo originário a prestações materiais nessa área, ainda que limitado ao necessário à proteção da vida humana. Tal reconhecimento de um direito originário a prestações, deduzido dos valores constitucionais, revela-se em exigência de qualquer Estado que tenha como base a humanidade e a justiça.<sup>271</sup>

---

<sup>268</sup> SANTOS, Lenir. loc. cit.

<sup>269</sup> SCHWARTZ, op. cit., p. 51.

<sup>270</sup> Ibid., p. 83.

<sup>271</sup> SARLET, loc. cit.

## 4 DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE PRESTAÇÕES INDIVIDUAIS NA ÁREA DA SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO

Conforme já expusemos neste estudo, são os direitos sociais, entre eles o direito à saúde, os que mais têm suscitado controvérsias em relação à sua eficácia e efetividade, inclusive quanto existência de meios jurídicos suficientes e eficientes para outorgar-lhes plena realização.<sup>272</sup>

A despeito das controvérsias em torno da concretização do direito à saúde, é nesta seara que os problemas de efetividade assumem dimensões muitas vezes trágicas, não sendo raros os casos em que a falta de prestações materiais tirou a vida dos titulares do direito.<sup>273</sup>

Já deixamos consignado no capítulo anterior que o direito à saúde é considerado um direito subjetivo, ao menos no que corresponde ao mínimo essencial à preservação da vida e da dignidade da pessoa humana.

Analisaremos, a partir de agora, a legitimidade do Poder Judiciário para a concessão de prestações individuais na área da saúde com base tão somente no preceito constitucional, embora trate-se de um direito dependente de políticas públicas com acesso igualitário e universal para sua concretização. Buscaremos refutar os argumentos erigidos para afastar a possibilidade de concessão judicial de prestações nessa área, como a ofensa ao princípio da separação dos Poderes e reserva legislativa em matéria orçamentária, bem como a existência de limites materiais (reserva do possível). Por fim, defenderemos a possibilidade de concessão, pelo Poder Judiciário, de prestações na área da saúde, utilizando-se, para tanto, do princípio da ponderação dos valores jurídicos em questão.

### 4.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A CF/88, visando prevenir o arbítrio e violação aos direitos fundamentais, previu a existência dos Poderes do Estado de forma harmônica e independente, repartindo entre eles as

---

<sup>272</sup>

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-26.

<sup>273</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004, p. 307.

funções estatais e criando mecanismos de controle recíprocos para a garantia do Estado democrático de direito.<sup>274</sup> Para tanto, enunciou em seu art. 2º:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.<sup>275</sup>

A divisão dos Poderes estatais segundo critérios funcionais, em três funções (legislação, administração e jurisdição) acometidas a três órgãos autônomos, traduz-se no célebre princípio da tripartição ou separação dos Poderes. Foi Aristóteles, em sua obra *A Política*, quem esboçou pela primeira vez tal tripartição, a qual foi detalhada por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, sendo aperfeiçoada e consagrada por Montesquieu na obra *O Espírito das Leis*. (grifo do autor)<sup>276</sup> Montesquieu formulou a “doutrina de que todo o bom governo se devia reger pelo princípio da divisão dos poderes: legislativo, executivo e judiciário”.<sup>277</sup> Posteriormente, tal doutrina foi transformada em dogma constitucional pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>278</sup>, o qual enunciou em seu art 16: “Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.<sup>279</sup>

No Estado liberal, o estabelecimento de um Estado de Direito estava diretamente relacionado à organização jurídica dos Poderes, distribuição de suas competências e determinação de seus limites. O equilíbrio e harmonia dos órgãos da soberania faziam-se imprescindíveis em razão da desconfiança remanescente das épocas do absolutismo, sempre deixando sob suspeita o Poder Executivo, sobretudo nas monarquias constitucionais.<sup>280</sup>

Segundo Moraes, “o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente.”<sup>281</sup> No Direito Constitucional contemporâneo, o princípio da separação dos Poderes não deve ser interpretado com rigidez, uma vez que tal interpretação não se coaduna com o moderno Estado Social, o qual tem as funções estatais separadas, porém submetidas a um controle

---

<sup>274</sup>

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 385.

<sup>275</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 set. 2008.

<sup>276</sup> MORAES, loc. cit.

<sup>277</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 114.

<sup>278</sup> CANOTILHO, loc. cit.

<sup>279</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em 19 set. 2008.

<sup>280</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 601.

<sup>281</sup> MORAES, op. cit., p. 389.

recíproco, chamado de freios e contrapesos.<sup>282</sup> O sistema de freios e contrapesos adotado no Brasil coaduna-se ao modelo americano de separação de funções em órgãos distintos, porém interdependentes e em equilíbrio.<sup>283</sup>

As concepções exegéticas do Estado Liberal que valorizavam a igualdade formal em nome da segurança jurídica, sem considerar as desigualdades reais dos sujeitos de direito, começaram a ser questionadas no Brasil após a redemocratização em 1988, sendo enfatizadas as funções políticas do Direito<sup>284</sup> e chegando-se à conclusão de que “toda aplicação e todo julgamento de casos concretos sempre têm uma dimensão política; por conseguinte, a Justiça, por mais que seu discurso institucional muitas vezes enfatize o contrário, não pode ser, na prática, um poder exclusivamente técnico, profissional e neutro”.<sup>285</sup>

A visão contemporânea das funções estatais entende que o Poder estatal é uno e indivisível, havendo, portanto, órgãos estatais cujos agentes políticos são incumbidos de exercerem atos de soberania. Como o Poder não pode sofrer divisão, o que a doutrina liberal clássica denominava Separação de Poderes, o moderno constitucionalismo<sup>286</sup> denomina “divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos”.<sup>287</sup>

O moderno Estado Constitucional tem como base os direitos fundamentais, devendo empreender-se uma contínua busca pelo aperfeiçoamento do sistema de aplicação desses direitos.<sup>288</sup>

Nesse sentido, conclui Bonavides que:

Em verdade, na Constituição, a tripartição e a organização dos poderes são, de último, tocante à sua estrutura, a imagem do Estado, ao passo que os direitos fundamentais compõem a efígie da Sociedade. Espelhando-a, exibem tais direitos uma extrema complexidade, por retratarem os fatores sociais do poder, sujeitos a constantes variações, das quais recebem um certo grau de relevância interpretativa.<sup>289</sup>

A partir do exposto, concluímos que o Judiciário tem importante papel na efetivação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, não devendo, na atualidade, manter-se neutro e indiferente às questões sociais.

Passaremos, em seguida, à análise da competência do Legislativo e responsabilidade do Executivo em relação às políticas públicas na área da saúde.

---

<sup>282</sup> MORAES, loc. cit.

<sup>283</sup> 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. 218-223.

<sup>284</sup> FARIA, José Eduardo. O judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 55-56.

<sup>285</sup> Ibid., p. 56.

<sup>286</sup> MORAES, loc. cit.

<sup>287</sup> CLÈVE, apud MORAES, loc. cit.

<sup>288</sup> BONAVIDES, 2008, p. 602.

<sup>289</sup> Ibid., p. 601.

## 4.2 A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR EM RELAÇÃO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A forma de implementação das políticas públicas é competência do Executivo e do Legislativo, de acordo com a política governamental adotada. Tal política governamental, para ser implementada, deverá ter as dotações financeiras necessárias à execução de suas ações previamente incluídas no orçamento, o qual prevê a programação econômica e direciona a ação do governo para vários setores da atividade, compatibilizando as necessidades da coletividade com as receitas do Estado. Assim, essa lei, de iniciativa do Poder Executivo e submetida à apreciação do Legislativo, tem o condão de fazer com que o administrador utilize com maior racionalidade os recursos econômicos, elegendo as prioridades da ação governamental e buscando a otimização dos recursos financeiros para que as necessidades públicas sejam satisfeitas.<sup>290</sup>

De acordo com Baleeiro, citado por Harada, “o orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.”<sup>291</sup>

Para o Ministro Eros Grau, citado por Molinaro e Milhoranza, as ações dos Poderes devem adequar-se ao orçamento, no sentido de que a Administração não têm o dever de cumprir decisões judiciais quando comprovada a “exaustão da capacidade orçamentária.”<sup>292</sup>

Embora seja imprescindível à organização das finanças estatais, as disposições contidas no orçamento não têm um caráter absoluto, nesse sentido Molinaro e Milhoranza, discordando do entendimento acima, afirmam que:

Coloca-se o orçamento (e o princípio da legalidade) acima da vida humana? E, no caso de conflito de normas constitucionais, não deverá preponderar àquela que está informada pelo princípio da dignidade humana. Claro está que devemos olhar o caso concreto. Nenhuma pretensão exercida em juízo, individualmente, pode por em risco a capacidade orçamentária da União ou o exaurimento de seus recursos financeiros [...]. Ademais, se o poder é único – se o que se compartilha no Estado são funções –

<sup>290</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 58-74.

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>292</sup> MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Alcance político da jurisdição no âmbito da saúde. In: ASSIS, Araken de (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 224.

recusar o cumprimento de decisão judicial não é o mesmo que demitir o Estado do poder? Não estaria aí legitimada a recusa dos cidadãos em não mais cumprir com o dever fundamental de pagar impostos, através de regular desobediência civil?, ou ainda alegando a reserva do possível do cidadão?<sup>293</sup>

E vão mais além:

As dificuldades orçamentárias ou a reserva parlamentar não devem obstacularizar a plena e imediata efetivação do direito à saúde no seu núcleo essencial, que deve ser protegido e incentivado à luz de uma razão de proporcionalidade que atenda um mínimo existencial adequado para a realização do princípio da dignidade humana. [...] Controlar política e orçamentos públicos, neles intervindo diretamente, sempre que fraudados por incompetência ou negligência os direitos sociais, é o dever máximo de jurisdição, ou seja, primar pela efetividade dos direitos fundamentais.<sup>294</sup>

A realização de prestações materiais no âmbito da saúde pode ser efetivada de diversos modos, cabendo ao legislador dispor sobre a forma da prestação, condições de fruição, montante, tendo, enfim, ampla liberdade de conformação, de acordo com a política governamental. Porém, essa liberdade de conformação encontra limites quando os órgãos competentes não agirem no sentido de garantir as prestações existenciais mínimas. Nesse caso, caberá ao Judiciário decidir sobre o padrão existencial mínimo a ser assegurado, já que houve omissão ou desvio de finalidade por parte do Poder competente.<sup>295</sup>

Segundo Bonavides:

Admitir a interpretação de que o legislador pode a seu livre alvedrio legislar sem limites, seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador.<sup>296</sup>

Parcela significativa do problema da eficácia social do direito à saúde relaciona-se à falta de vontade política, com prestações insuficientes ou ausentes nesta área, a qual demanda atenção especial tanto em relação à sua natureza preventiva como curativa, fato que faz com que os indivíduos socorram-se de meios judiciais para sua efetivação.<sup>297</sup>

Os recursos reservados à saúde mostram-se insuficientes para atender à demanda da população. Considerando-se a participação no Produto Interno Bruto (PIB) das verbas destinadas à saúde, o Brasil figura entre os países com menor percentual desses recursos, conforme extrai-se de Augusto, citada por Schwartz:

[...] a participação direta do Estado naqueles setores considerados como de sua exclusiva responsabilidade, tais como a educação e a saúde vêm sendo, progressivamente, reduzida e não encontra lugar de destaque no conjunto de intervenções e atividades governamentais. Exemplo eloqüente é o fato de o Brasil,

<sup>293</sup> MOLINARO; MILHORANZA, loc. cit.

<sup>294</sup> Ibid., p. 227.

<sup>295</sup> SARLET, 2004, p. 318.

<sup>296</sup> BONAVIDES, 2008, p. 436.

<sup>297</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 85-86.

ainda hoje, ser o país da América Latina que menos investe em saúde: apenas 4% de seu Produto Interno Bruto/PIB, contra a média de 13% verificada nos demais países da região.<sup>298</sup>

Segundo Schwartz, “a maioria da população brasileira ainda depende do Sistema Único de Saúde - o SUS. São 115 milhões de pessoas (quase 75% da população). O restante, 48,5 milhões de pessoas (cerca de 25% da população), são atendidos pela medicina privada.”<sup>299</sup> Contudo, contraditoriamente, embora os hospitais da rede pública sejam responsáveis pela grande maioria dos atendimentos, contam com apenas 70 mil médicos credenciados pelo SUS, ao passo que o atendimento particular faz-se através de 120 mil médicos. Isso se dá em decorrência dos ínfimos valores pagos pelos governos federais às internações feitas pelo SUS. A baixíssima contraprestação estatal também é responsável pelo fato de as operadoras privadas de saúde construírem óbices à internação de pacientes que não possuem seguros privados, embora devessem submeter-se às diretrizes do SUS. Além disso, a situação é agravada pela falta de alternativas da população, uma vez que a quantidade de hospitais públicos é insuficiente, fato que têm provocado o aumento das filas de atendimento e casos rotineiros de pacientes internados em corredores. Situações essas que se intensificam de acordo com o tamanho da cidade pois, em regra, quanto maior a população, pior o atendimento.<sup>300</sup>

Para Rigo:

Não se pode ignorar que a prestação integral e universal da saúde encontra-se atualmente, no Brasil, apenas no plano ideal. O Estado não está cumprindo satisfatoriamente seus deveres para garantir a efetivação dos direitos constantes no teto constitucional. Faltam hospitais, equipamentos médicos, leitos hospitalares, médicos credenciados ao Sistema Único de Saúde, medicamentos e políticas públicas de prevenção. Nesse contexto, no qual não são poucas as situações em que o direito fundamental à saúde é violado, proliferam ações judiciais visando à sua efetivação.<sup>301</sup>

Krell aduz que:

Constitui um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo e possua uma Constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, enquanto mais de 30 milhões de seus habitantes continuem vivendo abaixo da linha de pobreza (“indigência”). A maioria dessas pessoas não encontra um atendimento de qualidade mínima nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vive em condições precárias de habitação, alimenta-se mal ou passa fome.<sup>302</sup>

---

<sup>298</sup> SCHWARTZ, 2001, p.149.

<sup>299</sup> SCHWARTZ, loc. cit.

<sup>300</sup> Ibid., p. 150.

<sup>301</sup> RIGO, Vivian. Saúde: direitos de todos e de cada um. In: ASSIS, 2007, p. 181.

<sup>302</sup> KRELL, 2000, p. 26.

A carga tributária brasileira equipara-se a de países como Estados Unidos e Portugal, sendo a mais elevada dos países latino americanos.<sup>303</sup> Contudo, assevera Amaral que “os resultados alcançados são muito inferiores aos dos demais países da região. [...] Dizer que se gasta muito e se obtém pouco é uma maneira gentil de dizer que milhares, talvez milhões de pessoas são privadas de serviços básicos não por carência de recursos, mas por má alocação.”<sup>304</sup>

Como já assinalado anteriormente, a ampla esfera de atuação conferida pela CF/88 ao legislador no tocante à concretização do direito fundamental à saúde nela previsto, de acordo com as alternativas escolhidas periodicamente pelo eleitorado e considerando-se os fatores econômicos, não confere ao Judiciário, em princípio, a atribuição de adentrar a esfera de competência de outro Poder. Porém, quando o mandado constitucional não for cumprido, cabe ao Judiciário intervir para assegurar a salvaguarda dos direitos fundamentais.<sup>305</sup>

Analisaremos, a partir agora, os limites do financeiramente possível (reserva do possível) no que diz respeito à implementação de políticas públicas pelo Estado.

#### 4.3 A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL NO ÂMBITO DAS PRESTAÇÕES MATERIAIS NA ÁREA DA SAÚDE

A reserva do possível está entre os argumentos erigidos para refutar a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo originário a prestações na área da saúde, sustentando-se que a efetivação de tal direito, por sua dimensão financeira, esbarra em limitações materiais, pois o Estado possui uma capacidade limitada e restrita em razão da escassez de recursos, óbice à efetivação daquele direito.<sup>306</sup>

A teoria da reserva do possível foi desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã, a qual sustenta que o direito subjetivo aos serviços públicos por parte do Estado está condicionado à disponibilidade de recursos. A alocação dos recursos existentes estaria sujeita à discricionariedade das decisões governamentais e o direito a prestações positivas estaria

---

<sup>303</sup> AMARAL, 2001, p. 183-184.

<sup>304</sup> Ibid., p. 184.

<sup>305</sup> KRELL, op. cit., p. 29.

<sup>306</sup> RIGO, 2007, p. 177.

condicionado àquilo que o indivíduo razoavelmente pode esperar da sociedade, sendo tais exigências submetidas a um limite básico social.<sup>307</sup>

De fato, o direito à saúde demanda dispêndio de recursos financeiros por parte do Poder Público, razão pela qual tem-se em mente que sua efetivação subordina-se à realidade econômica do Estado, a qual constitui um limite fático do possível.<sup>308</sup>

Conforme o magistério de Barroso “[...] é de se reconhecer que o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não pode, ou melhor, não deve normatizar o inalcançável.”<sup>309</sup>

No Brasil, a questão relativa ao tratamento de doenças tornou-se notória com os casos de AIDS, embora nunca tenham faltado endemias e epidemias a tirar a vida de milhares de pessoas. Com um número cada vez maior de vítimas dessa doença, inclusive das mais altas classes sociais, iniciaram-se as demandas judiciais visando assegurar uma sobrevivência digna aos doentes. A partir daí, o Judiciário viu-se na situação de ter que decidir entre a vida de um cidadão postulante de um lado e, do outro lado, a discricionariedade do Poder Público com recursos sabidamente mal empregados.<sup>310</sup>

A questão do acesso a tratamento médico é um grave problema no mundo inteiro. Mesmo em países desenvolvidos como os Estados Unidos, que investem significativo percentual de seu PIB na área da saúde, o atendimento não é satisfatório.<sup>311</sup>

Os gastos com saúde, em todos os países, mostram uma progressão bastante expressiva e, considerando-se a escassez de recursos, é necessário que se façam decisões alocativas, devendo-se buscar a maximização de resultados num cenário de inevitáveis escolhas trágicas<sup>312</sup>, no qual, segundo Amaral “[...] opta-se por quem atender e disso resulta o consumo de recursos que poderiam atender a outro ou a outros.”<sup>313</sup> Isso porque, no caso de o Estado estar obrigado a sempre ter recursos para atender a essas demandas, deve-se reconhecer que ele tem o direito de obter tais recursos, porém, depara-se aí com os direitos individuais, garantias tributárias, vedação ao confisco, direito à percepção de vencimentos e proventos, tanto na área da receita pública quanto na área da contenção de gastos públicos.<sup>314</sup>

---

<sup>307</sup> KRELL, 2000, p. 40-41.

<sup>308</sup> PEREIRA, Flávia do Canto e COELHO, Helenira Bachi. Limites da jurisdição: direito à saúde limite da obrigação do Estado. In: ASSIS, 2007, p. 163.

<sup>309</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49.

<sup>310</sup> AMARAL, 2001, p. 23-24.

<sup>311</sup> Ibid., p. 23.

<sup>312</sup> Ibid., p. 35-37.

<sup>313</sup> Ibid., p. 84.

<sup>314</sup> Ibid., p. 37-38.

Conclui Amaral que:

Vê-se, portanto, ser dificilmente defensável um direito “absoluto” à saúde, ou melhor, ao tratamento médico adequado, ao menos sem que se fundamente o critério de opção na colisão desse “direito” com normas constitucionais como a isonomia, a impessoalidade e a motivação, que demandam a adoção de critérios claros e sindicáveis na alocação de recursos escassos, ainda que a sindicabilidade seja pelo voto; a garantia à propriedade, seja através das regras tributárias, seja através da vedação ao confisco; ou o direito à intimidade e a liberdade de crença, que podem levar a uma recusa em ser doador de órgãos.<sup>315</sup>

Coaduna-se com tal entendimento a decisão do Presidente do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, ao analisar pedido de suspensão de segurança formulado pela União em face de liminar em Mandado de Segurança no qual o impetrante postulava a liberação de valores para realização de cirurgia de transplante de intestino nos Estados Unidos da América, tendo em vista que o procedimento cirúrgico similar efetuado no Brasil apresentava caráter experimental e com elevado índice de morte. O Desembargador entendeu que a suspensão fazia-se necessária em razão grave lesão à saúde e à economia públicas ao privilegiar-se uma situação particular, conforme exposto abaixo:

O Estado, ao liberar vultosa soma (US\$ 275.000 – duzentos e setenta e cinco mil dólares) para atender a uma situação isolada, prejudicaria as demais políticas públicas voltadas à saúde, como a de combate ao câncer, à Aids, ao diabetes mellitus, à hipertensão arterial, dentre tantas outras, tendo em vista a evidente escassez dos recursos orçamentários para tal fim. Em outras palavras, centenas de brasileiros se veriam privados de tratamento porque a verba foi direcionada a apenas um. Saliente-se que há notícias de que o custo de uma cirurgia de intestino realizada no Brasil custa aproximadamente US\$ 41.379, ou seja, aproximadamente US\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil dólares) menos do que a de uma realizada na América do Norte. Assim, considerando que os recursos orçamentários são limitados, não há como deixar de considerar procedente o argumento da União, segundo o qual o cumprimento da liminar causaria grave ofensa à economia e saúde públicas.<sup>316</sup>

Em que pese a relevância do argumento da reserva do possível para escusar o Estado do dever de concretização dos direitos sociais, entende Sarlet que:

[...] as limitações da reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia, como já se disse mais de uma vez entre nós. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais. Assim, levar a sério a ‘reserva do possível’ (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, §1ª, da CF, que cabe ao Poder Público o ônus da comprovação efetiva de indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não desperdício dos recursos existentes [...]<sup>317</sup>

Aduz ainda o autor que:

<sup>315</sup> AMARAL, 2001, p. 38.

<sup>316</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Suspensão de Segurança nº 20050401000213-1/PR, Porto Alegre, RS, em 11 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

<sup>317</sup> SARLET apud RIGO, 2007, p. 178.

Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa o princípio democrático e da separação dos poderes.<sup>318</sup>

Para Scaff, a aplicação da reserva do possível se daria de acordo com as seguintes situações:

A teoria da reserva do possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível.<sup>319</sup>

Rigo entende que:

[...] condicionar a efetivação do direito à saúde à cláusula da “reserva do possível”, pura e simplesmente, sem a comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos e do não-desperdício dos recursos existentes, é permitir que se construa uma barreira intransponível para o alcance de direitos fundamentais, restringindo o que seja razoavelmente possível apenas à existência de recursos econômicos imediatamente disponíveis para a aquisição de medicamentos, leitos hospitalares ou contratação de profissionais de saúde.<sup>320</sup>

No mesmo sentido o posicionamento do Ministro Celso de Mello na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, firmando posição no STF no sentido de que:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.[...]<sup>321</sup>

<sup>318</sup> SARLET apud RIGO, loc. cit.

<sup>319</sup> SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse público**. Vol. 7, nr. 32, p 225, julho-agosto/2.005. Disponível em: < <http://www.ccj.ufpb.br/verbajuris/2005.htm> >. Acesso em: 19 ago 2008.

<sup>320</sup> RIGO, op. cit., p. 179.

<sup>321</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

Embora reconheça-se a relevância do argumento da reserva possível em relação à plena efetivação dos direitos à saúde, há de se questionar até onde tais limitações podem obstar sua eficácia, sopesando-se sempre com a idéia do mínimo existencial, o qual constitui um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>322</sup>

Analisada a discricionariedade conferida ao legislador para a efetivação do direito à saúde através de políticas públicas, a má gestão dos recursos financeiros do Estado, as carências da população em relação a esse direito e os limites do financeiramente possível, passaremos ao estudo do papel do Poder Judiciário no atual Estado Democrático e Social de Direito e sua responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

#### 4.4 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Ao invés de categorias e definições precisas e unívocas usadas pela dogmática jurídica tradicional, a CF/88 privilegiou conceitos abertos e indeterminados, exigindo dos juízes habilidades técnicas e intelectuais para lidar com o inédito e para interpretar normas programáticas e normas com conceitos indeterminados, as quais requerem uma compreensão valorativa, mediante procedimentos mais abertos e flexíveis, uma vez que sua aplicação traduz-se na promoção e realização política de determinados valores. É nesse momento que questiona-se o papel do juiz como o de simples prestador de serviço público, apontando suas responsabilidades como um mediador político.<sup>323</sup>

Conforme Steinmetz,

[...] a abertura, semântica e estrutural, não é defeito das disposições constitucionais, mas virtude, porque decorre da natureza da Constituição, como ordenamento-marco, como norma fundamental, como sistema normativo aberto de princípios e regras, e da finalidade da Constituição, que é a de ser uma estrutura normativa básica da sociedade com eficácia abrangente e duradoura. É a abertura da Constituição que permite a mutação constitucional, evitando o processo constituinte, originário e derivado, permanente, com resultados políticos e jurídicos nem sempre seguros, previsíveis e desejáveis para a vida social.<sup>324</sup>

A moderna doutrina constitucional enfatiza o caráter de Estado social preconizado pela CF/88, porém deverá atentar-se para a exigência de uma nova hermenêutica das normas

---

<sup>322</sup> RIGO, 2007, p. 178.

<sup>323</sup> FARIA, 1998, p. 60-62.

<sup>324</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 83.

jurídicas constitucionais, com a interpretação da legislação ordinária em conformidade com os direitos fundamentais, os princípios constitucionais e seus valores subjacentes.<sup>325</sup>

De acordo com Krell:

O modelo dominante no Brasil sempre foi de perfil “liberal-individualista-normativista”, que nega a aplicação das normas principiológicas da nova Constituição. Enquanto o positivismo jurídico formalista exigia a “neutralização política do Judiciário”, com juízes racionais, imparciais e neutros, que aplicam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo deste modo o valor da segurança jurídica, o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material [...].<sup>326</sup>

Os direitos fundamentais ocupam posição privilegiada no moderno Estado constitucional. Em razão dessa posição de destaque, Bonavides propõe a introdução do “conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais”.<sup>327</sup>

O juiz social tem, em suas decisões, mais sensibilidade para os direitos fundamentais e para o quadro social da ordem jurídica, ele incorpora em seu aparelho de reflexão e entendimento uma pré-compreensão das questões sociais, pressuposto da hermenêutica constitucional e sua concretização.<sup>328</sup>

Leciona Morais que:

[...] a atividade do jurista, deve ser a de consignar *máxima efetividade às Normas Constitucionais*, ou seja, a uma norma constitucional tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada as outras normas, *o máximo de capacidade de regulamentação*. (grifo do autor).<sup>329</sup>

Barroso entende que:

Ao longo dos últimos anos, o Poder Judiciário, como intérprete qualificado da Constituição e das leis, tem desempenhado papel de maior destaque do que tradicionalmente lhe caiba. A positivação da regra que consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais serve como suporte de legitimidade para a ampliação de seus poderes.<sup>330</sup>

O princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais previsto no art. 5º, §1º, da CF/88 acomete ao Poder Judiciário, em diversos casos, uma atividade regulamentar, ao invés de jurisdicional. A atuação do Poder Judiciário nesses casos é legítima, não havendo aí ofensa ao princípio da separação dos Poderes, uma vez que o Legislativo possui liberdade de conformação e, ao não exercê-la, será necessário prover o

<sup>325</sup> KRELL, 2000, p. 48.

<sup>326</sup> KRELL, loc. cit.

<sup>327</sup> BONAVIDES, 2008, p. 602.

<sup>328</sup> BONAVIDES, loc. cit.

<sup>329</sup> MORAIS, José Luis Bolsan de. Constituição ou barbárie: perspectivas constitucionais In: SARLET, 2000, p. 19.

<sup>330</sup> BARROSO, 2006, p. 279.

Judiciário de poderes explícitos e meios efetivos para a realização dos fins colimados pela CF/88, devendo sempre fazer com que esta prevaleça, uma vez que o próprio Constituinte outorgou a esse Poder a incumbência de ser o intérprete qualificado das normas jurídicas, com competência para fazê-las atuar concretamente.<sup>331</sup>

Assevera Rocha que:

O Poder Judiciário passou a desempenhar um papel relevantíssimo na garantia efetiva e eficiente dos direitos fundamentais, pois esses — diversamente de outros que são havidos nos diferentes sistemas aos particulares — não se põe a ressarcimento posterior ou reparação, mas são indisponíveis e inadiáveis em seu exercício: garante-se o direito à vida ou nada haverá, um dia vindouro, a se garantir; garante-se a liberdade, porque se tal segurança não se impuser de pronto estará ela perdida naquele momento e não se lhe poderá repor; garante-se a segurança ou a insegurança já se terá instalado no futuro e reparação não é reposição de direitos fundamentais.

Ao Poder Judiciário cabe, no constitucionalismo contemporâneo, a tarefa mais elevada de impedir afrontas e desfazer, com eficácia e eficiência imprescindíveis, os desmandos que acometem, ameaçam e agredem os direitos fundamentais.

Por isso compete a ele fazer-se pronto na dimensão dessa competência, sem o exercício da qual os direitos fundamentais são atingidos irremediavelmente e as agressões lesam todo o sistema jurídico, colocando abaixo a própria jurisdição como um direito. No exercício dessa competência, ademais, compete ao Poder Judiciário fazer-se alerta para interpretar os direitos fundamentais considerando o texto e o contexto constitucional, a sede e a afluência dos direitos sobre os quais se questionam, estender-se tão amplamente quanto seja necessário e possível para que ele realize uma tarefa de Justiça social e não de injustiças menores. Ao Judiciário cabe a tarefa de oferecer respostas concretas e engajadas às questões que lhe são postas em condições históricas definidas e experimentadas. Não há de prender-se mais às elaborações filosóficas e retóricas que às situações determinadas e determinantes ocorridas num contexto social específico e apurável pelos juízes que vivem o seu tempo de Direito com o Direito do seu tempo.<sup>332</sup>

A concretização do direito à saúde exige a co-responsabilidade do Poder Judiciário pelas políticas dos demais poderes estatais, promovendo uma alteração nas funções clássicas dos juízes, os quais devem atuar orientados para a realização dos projetos de mudança social, rompendo a tradicional separação entre Direito e Política e fazendo com que o juiz intervenha e crie as soluções exigidas para a consecução dos objetivos sócio-econômicos.<sup>333</sup>

Analisaremos, em seguida, a possibilidade de concessão de prestações materiais pelo Poder Judiciário, nos casos de ineficiência ou omissão dos Poderes competentes na realização das políticas públicas imprescindíveis à fruição do direito à saúde.

<sup>331</sup> BARROSO, 2006, p. 163-164.

<sup>332</sup> ROCHA, Cármen Lucia Antunes da. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ da Justiça Federal**. Brasília, vol. 1, n 3, set/dez 1997. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em 17 out. 2008.

<sup>333</sup> KRELL, 2000, p. 49.

#### 4.5 DA LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS DE FALTA OU INSUFICIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE SAÚDE

Em razão da insuficiência ou até da falta de políticas públicas tendentes à concretização do direito fundamental à saúde, cabe ao Poder Judiciário a correção de eventual desrespeito aos direitos sanitários assegurados constitucionalmente, desde que provocado. Dessa forma, a saúde, direito público subjetivo fundamental, quando lesionada, não pode ser excluída da apreciação daquele Poder, uma vez que sua tarefa mais elevada é justamente garantir a observância e o cumprimento dos direitos fundamentais.<sup>334</sup>

Assevera Schwartz que:

A atuação judicial far-se-á em um momento posterior ao da constatação de que as ações positivas estatais não garantiram o direito à saúde. É, portanto, uma atuação secundária (mas não suplementar) em relação ao dever dos Poderes Públicos – especialmente o Executivo, pois inexistiria necessidade de uma decisão derivada do sistema jurídico caso tais Poderes cumprissem o seu papel.<sup>335</sup>

O Poder Judiciário tem o poder e o dever de guiar-se pela Constituição, em especial pelos direitos fundamentais, uma vez que, além de estarem vinculados a estes e às demais normas constitucionais, exercem, em razão disso, o controle da constitucionalidade dos atos dos órgãos estatais. Tal vinculação do Poder Judiciário implica a obrigação de outorgar aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível. Em relação aos direitos sociais, a intervenção do Judiciário é relativizada em face de ter-se outorgado maior liberdade de conformação ao legislador quanto a sua efetivação, porém não afasta a vinculação desse Poder aos direitos fundamentais e seu dever de concretizá-los, ao menos para garantir o grau mínimo desses direitos.<sup>336</sup>

A norma constitucional asseguradora do direito à saúde traduz-se num direito subjetivo constitucional e investe o seu titular, lesado pela não efetivação da prestação positiva que lhe garante a fruição desse direito, na possibilidade de exigir o cumprimento da norma pelo ente que tem o dever jurídico de satisfazê-la.<sup>337</sup> Tal direito de ação foi previsto no art. 5º, XXXV, CF/88, assim redigido: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.<sup>338</sup>

<sup>334</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 162-163.

<sup>335</sup> Ibid., p. 162.

<sup>336</sup> SARLET, 2004, p. 360.

<sup>337</sup> BARROSO, 2006, p. 293.

<sup>338</sup> BRASIL. Constituição (1988), loc. cit.

A respeito do argumento da Separação de Poderes e da legitimidade exclusiva do Executivo para a direção das políticas públicas, uma vez que eleito pelo povo, leciona Weingartner Neto que:

É de se combater, nesta paragem, uma concepção que pretende, em face da origem democrática da Administração (elegível, ao revés dos juízes), uma especial justificação, quase imunidade dos atos de governo, travestidos como “de direção política” e que importa uma reconfiguração negativa do Estado de Direito e profunda virada na interpretação do sistema constitucional - a nutrir-se da visão jacobina da democracia, com seu caudal totalitário. (grifo do autor)<sup>339</sup>

No mesmo sentido Krell,

Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vestuto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.<sup>340</sup>

E continua o autor:

[...] podemos observar que a antiga resistência do Poder Judiciário brasileiro a assumir o seu papel no processo de judicialização da política vem perdendo força, sendo que muitos juízes já vêm “abandonando, progressivamente, o cânon que lhe vinha de décadas de positivismo jurídico kelseniano”, para finalmente assumir a sua função importante na própria *justiça social*. (grifo do autor)<sup>341</sup>

Em sentido contrário foi o entendimento firmado em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal em face da União, Estado de Santa Catarina e Município de Chapecó para obrigá-los ao fornecimento de medicamentos não incluídos na lista oficial do Ministério da Saúde de forma gratuita e ininterrupta, pela Secretaria Municipal de Saúde, a todos àqueles que necessitassem. Na ocasião, o Ministério Público Federal pleiteou a antecipação da tutela em favor de apenas uma cidadã, em razão da urgência e necessidade dos medicamentos. Foi concedida a tutela antecipada pelo juízo de primeiro grau a todas as pessoas que comprovadamente necessitassem do medicamento. O STJ, analisando o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada, ressaltou a importância da política pública de distribuição de medicamentos, entendendo que:

A matéria posta em debate é de grande relevância, pois, se, por um lado, está o órgão ministerial defendendo o acesso universal a todas as formas de tratamento recomendadas pela sociedade médica, por outro está a União a defender sua política pública de distribuição de medicamentos, a qual segue procedimentos próprios estabelecidos em lei. Na hipótese, consoante os elementos acostados aos autos, parece-me que assiste razão à requerente, na medida em que afirma que a decisão impugnada tem potencial para causar lesão à ordem e à saúde públicas. Com efeito, o Juízo de 1º grau, ao impor tal obrigação em sede de tutela antecipada – fornecimento de medicamento a qualquer pessoa, independentemente da listagem

<sup>339</sup> WEINGARTNER NETO, Jayme. Para a concretização de uma garantia institucional: licitação na concessão de serviços públicos. In: FARIA, 1998, p. 111.

<sup>340</sup> KRELL, 2000, p. 29.

<sup>341</sup> Ibid., p. 58-59.

oficial da RENAME –, incursionou por seara exclusiva da Administração, afetando, em conseqüência, a saúde pública, visto que, como afirmado acima, a escolha dos medicamentos a serem adotados na Política Nacional de Medicamentos segue procedimentos baseados em critérios técnico-científicos.<sup>342</sup>

Felizmente tal posicionamento jurisprudencial vem sendo modificando no STJ e STF, os quais têm entendido, majoritariamente, que é possível a busca pela efetivação do direito à saúde pela via judicial, inclusive possibilitando o bloqueio de valores públicos ou imposição de multa diária em caso de descumprimento das decisões judiciais.<sup>343</sup>

Neste sentido o entendimento do STF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I. - Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes. II. - Agravo não provido.

E também do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, *IN CASU*. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.

1. O art. 461, §5.º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a "imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial", não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, *in casu*, o seqüestro ou bloqueio da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

2. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento do medicamento RITUXIMAB (MABTHERA) na dose de 700 mg por dose, no total de 04 (quatro) doses, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor da recorrente, que resultem no bloqueio ou seqüestro de verbas do ora recorrido, depositadas em conta corrente.<sup>344</sup>

RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTE VENCEDORA REPRESENTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL. CONDENAÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL AO PAGAMENTO DA VERBA ADVOCATÍCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONFUSÃO ENTRE

<sup>342</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Suspensão de Tutela Antecipada nº 59-SC (2003/0232382-3), Brasília, DF, em 25 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

<sup>343</sup> RIGO, 2007, p. 181.

<sup>344</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 702.786 - RS (2004/0162036-9), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, Brasília, DF, 21 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

CREDOR E DEVEDOR. FAZENDA PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. OBRIGAÇÃO DE DAR. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. CABIMENTO. PRECEDENTES.

Dessarte, na espécie, deve ser aplicado o mesmo raciocínio adotado por esta colenda Corte no que se refere às obrigações de fazer pela Fazenda Pública, ou seja, de que "o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar as denominadas astreintes contra a Fazenda Pública, com o objetivo de forçá-la ao adimplemento da obrigação de fazer no prazo estipulado" (AGREsp 554.776/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 6.10.2003).

Assim, deve ser mantida a imposição da multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) ao Estado do Rio Grande do Sul para que forneça os medicamentos imprescindíveis à vida da autora.<sup>345</sup>

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC.

I - A Constituição Federal excepcionou da exigência do precatório os créditos de natureza alimentícia, entre os quais incluem-se aqueles relacionados com a garantia da manutenção da vida, como os decorrentes do fornecimento de medicamentos pelo Estado.

II - É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitido, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.

III - Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>346</sup>

Observa-se que a reserva do possível e o dispêndio financeiro requerido para a satisfação de direitos, tanto prestacionais quanto de defesa, estão diretamente relacionados à crise de efetividade pelo qual passam os direitos fundamentais de acordo com a maior ou menor disponibilidade de recursos para sua satisfação. Como se viu, não se pode entender a reserva do possível como uma barreira intransponível à efetivação dos direitos sociais. Além do mais, quanto menor a quantidade de recursos disponíveis, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que leva à necessidade de aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, além de crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, os quais possuem o dever de zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, sendo que, ao realizá-lo, deverão ter a máxima cautela e responsabilidade. Em verdade, levar direitos sociais a sério é levar a sério o problema da escassez. Nesse sentido, o papel do administrador se mostra de extrema relevância, ainda a

<sup>345</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº. 1.002.335 - RS (2007/0257351-2), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, Brasília, DF, 21 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

<sup>346</sup> \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo de Instrumento nº. 645.746 - RS (2004/0174459-0), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, Brasília, DF, 02 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

considerar os princípios da moralidade e da eficiência, notadamente quando se cuida de administrar a escassez e otimizar a efetividade dos direitos sociais.<sup>347</sup>

Analisaremos, em seguida, os critérios a serem utilizados pelo Poder Judiciário no caso de concessão de prestações materiais na área da saúde, a qual deve ser realizada através da ponderação dos bens jurídicos envolvidos.

#### **4.5.1 O método da ponderação de princípios constitucionais**

O reconhecimento de um direito originário a prestações na área da saúde, com base tão somente nos preceitos constitucionais, implica, como visto, na consideração de limites fáticos (como a reserva do possível) e jurídicos (como a separação de poderes, discricionariedade administrativa e reserva parlamentar em matéria orçamentária). Em face disso, no caso concreto, faz-se necessária a ponderação dos bens jurídicos em questão para que se possa reconhecer ou não um direito subjetivo nessa área, pelo menos no que diz respeito às condições existenciais mínimas.

Alexy, citado por Sarlet, propõe a ponderação de princípios para harmonizar os argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais. Para o autor, o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações deve ser analisado à luz da ponderação entre princípios, de acordo com o caso específico de cada direito social como, por exemplo, de um lado o princípio da liberdade real em confronto, por outro lado, com os princípios da competência do Legislativo, da separação dos Poderes e outros direitos sociais. É indispensável que a ponderação seja feita à luz do caso concreto, devendo-se considerar que a garantia de direitos sociais mínimos não pode afetar substancialmente outros princípios constitucionais relevantes. Nesse sentido, se a garantia do padrão mínimo em direitos sociais for considerada prioritária e se requerer apenas uma restrição proporcional dos bens jurídicos colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação. Os direitos originários a prestações serão reconhecidos quando forem pressupostos ao exercício da liberdade real e quando o princípio da separação dos Poderes for atingido de forma mínima.<sup>348</sup>

---

<sup>347</sup> SARLET, 2004, p. 348-349.

<sup>348</sup> Ibid., p. 340-343.

Barcellos, baseada na doutrina de Alexy, diferencia regras e princípios. Ambos são normas jurídicas, porém as regras, denominadas comandos de definição, só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e aplicadas ou inválidas e não aplicadas. Já os princípios, chamados comandos de otimização, admite sua aplicação de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas, devendo ser realizados na maior medida possível. Os limites jurídicos constituem-se em regras que podem excepcionar o princípio em algum ponto ou em outros princípios opostos àquele em questão. No caso de colisão, deverá haver a necessária ponderação dos valores em questão, sempre atentando-se ao mínimo existencial em direitos sociais.<sup>349</sup> Ainda segundo o autor, “[...] aplicando-se a teoria da ponderação, pode-se concluir que o mínimo existencial constitui uma regra constitucional, resultado da ponderação dos princípios.”<sup>350</sup>

Trata-se de uma concepção que não define quais direitos sociais o indivíduo realmente tem e qual o padrão mínimo em direitos sociais a serem satisfeitos, apenas demonstra que os indivíduos podem ter direitos originários a prestações, de acordo com alguns parâmetros genéricos<sup>351</sup>, quais sejam:

a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma relativamente diminuta.<sup>352</sup>

Grau, citado por Cristóvam, assevera que “não há, no sistema, nenhuma norma a orientar o intérprete e o aplicador a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles estabelecido, deve ser privilegiado, qual o que deve ser desprezado. Em cada caso, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada.”<sup>353</sup>

De acordo com Steinmetz, “a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.”<sup>354</sup> Ainda conforme o autor, na colisão de direitos fundamentais, uma ponderação concreta dos bens faz-se através do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, ou proibição de

<sup>349</sup> BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 119.

<sup>350</sup> Ibid., p. 121.

<sup>351</sup> SARLET, 2004, p. 340-341.

<sup>352</sup> SARLET, loc. cit.

<sup>353</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba : Juruá, 2008, p. 237.

<sup>354</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 140.

excesso, e, de modo especial, no terceiro subprincípio constitutivo deste, qual seja: a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>355</sup>

Passaremos, em seguida, ao estudo do princípio da proporcionalidade.

#### 4.5.2 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, no Brasil, encontra-se esparso na Constituição, não se traduzindo em norma geral de direito escrito. Entretanto, na qualidade de princípio que visa à defesa dos direitos fundamentais e a proteção dos cidadãos contra os excessos do Estado, é que se faz necessário reconhecê-lo como princípio implícito no Direito Constitucional Brasileiro.<sup>356</sup>

Tal princípio caracteriza-se pela adequação entre um fim determinado e o meio utilizado para alcançá-lo, possibilitando o controle de excessos. Portanto, haverá violação do princípio da proporcionalidade sempre que utilizar-se de meios manifestamente inapropriados ou desproporcionais para a consecução de uma finalidade.<sup>357</sup>

Bonavides aduz ainda que:

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardiais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.<sup>358</sup>

O princípio da proporcionalidade, ou proibição de excesso, desdobra-se em três subprincípios, quais sejam: pertinência ou aptidão, necessidade e proporcionalidade sentido estrito.<sup>359</sup>

O subprincípio da pertinência ou aptidão caracteriza-se no exame da adequação e conformidade do meio utilizado para que se possa alcançar o fim almejado, vedando-se o arbítrio e sempre levando-se em consideração o interesse público.<sup>360</sup>

O segundo subprincípio é a necessidade, traduzindo-se no fato de que a medida deverá ser imprescindível e limitada ao indispensável para a conservação do fim pretendido, não se admitindo excessos. Neste princípio não se faz a análise da escolha operada, mas sim

---

<sup>355</sup> STEINMETZ, 2001, p. 145.

<sup>356</sup> BONAVIDES, 2008, p. 434-435

<sup>357</sup> Ibid., p. 393.

<sup>358</sup> Ibid., p. 395.

<sup>359</sup> Ibid., p. 396-398.

<sup>360</sup> Ibid., p. 396-397.

do meio utilizado, no sentido de que este deverá ser sempre o menos oneroso em relação aos demais valores em jogo e alternativas disponíveis.<sup>361</sup>

Já o terceiro subprincípio é a proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual, no caso concreto, deve-se considerar todos os interesses em questão e escolher os meios mais adequados ao conjunto desses interesses. A proporcionalidade aqui é entendida como uma obrigação de escolha de medidas adequadas, impedindo, portanto, seu uso desproporcionado. O Estado deverá adaptar suas atividades aos meios de que dispõe e à finalidade buscada como condição de legalidade de sua atuação.<sup>362</sup>

Canotilho, em relação a esse subprincípio, leciona que “os meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.”<sup>363</sup>

Para Steinmetz, “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens propriamente dita, é o mandato de ponderação [...] deriva dos direitos fundamentais como mandatos de otimização segundo as possibilidades jurídicas.”<sup>364</sup>

Assentados o conceito do princípio da proporcionalidade no direito constitucional, cabe-nos ressaltar o procedimento de aplicação no que tange ao objeto deste estudo. Para tal, vamos nos valer dos ensinamentos de Steinmetz.

De acordo com esse autor:

Primeiramente, verifica-se se efetivamente há uma colisão de direitos fundamentais. Isso implica averiguar, interpretativamente, se os direitos em tensão são estatuídos, de forma direta ou indireta (não-escrita), por normas-princípios constitucionais. Em outros termos, descobrir se a finalidade ou objetivo que se pretende alcançar com a decisão normativa está justificado constitucionalmente [...]. Em segundo lugar, procede-se a uma descrição da situação em conflito, objetivando identificar todas as circunstâncias relevantes do caso.<sup>365</sup>

A verificação da constitucionalidade do fim feita na primeira fase e a identificação das circunstâncias relevantes efetuadas na segunda fase são controles prévios à aplicação do princípio da proporcionalidade. Após a realização dos controles prévios procede-se aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, observando-se a inter-relação entre os princípios.<sup>366</sup>

Aduz ainda o autor que:

[...] uma decisão normativa (o meio) será considerada proporcional em sentido amplo se ela, primeiro, for adequada, depois, necessária e, por fim, proporcional em

<sup>361</sup> BONAVIDES, 2008, p. 397.

<sup>362</sup> Ibid., p. 397-398.

<sup>363</sup> CANOTILHO, 2003, p. 270.

<sup>364</sup> STEINMETZ, 2001, p. 153.

<sup>365</sup> Ibid., p. 153-154.

<sup>366</sup> Ibid., p. 154.

sentido estrito. [...]. Apenas analisa-se a proporcionalidade da medida à luz do princípio subsequente se ele satisfaz o princípio antecedente. [...]. Por último, na hipótese de colisão de direitos fundamentais, na qual a decisão estabelecerá uma relação de precedência condicionada (Alexy) – dado o caráter principal dos direitos fundamentais –, tendo em conta as circunstâncias do caso, terá de se fundamentar racionalmente o resultado da ponderação de bens (a relação de precedência condicionada).<sup>367</sup>

Concluindo, Steinmetz afirma que “a finalidade do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, garantindo a otimização desses direitos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. O princípio autoriza somente restrições ou limitações que sejam adequadas, necessárias e proporcionais.”<sup>368</sup>

A partir do exposto, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos - necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito - será utilizado para assegurar concretização ao direito à saúde em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual assumirá a função de demarcar os limites da atividade jurisdicional em sede de prestações materiais nessa área.<sup>369</sup>

Analisada a ponderação de princípios proposta por Alexy para a solução das colisões de bens constitucionais, a qual se dará através da aplicação dos procedimentos necessários à aplicação do princípio da proporcionalidade, passaremos a conclusão a respeito dos critérios a serem adotados pelo Judiciário na concessão de prestação materiais na área da saúde.

#### **4.5.3 A necessidade da ponderação de bens pelo poder Judiciário para a concessão de prestações materiais na área da saúde**

De acordo com Sarlet, o qual adere aos ensinamentos de Alexy, a solução deve ser dada à luz do caso concreto devido à impossibilidade de estabelecer-se um critério genérico. Assim, sempre que na ponderação dos valores em jogo sobressair-se a vida e a dignidade da pessoa humana, haverá de se reconhecer um direito subjetivo à prestações, pelo menos no que diz respeito a um padrão mínimo em direitos sociais. Há um direito subjetivo originário a prestações, no sentido que os direitos sociais são dotados de plena vinculatividade e, portanto,

---

<sup>367</sup> STEINMETZ, 2001, p. 154-155.

<sup>368</sup> Ibid., p. 155.

<sup>369</sup> MOLINARO; MILHORANZA. In: ASSIS, 2007, loc. cit.

podem ser impostos ao Estado, inclusive pela via judicial, sob pena de se estar desconsiderando a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais prestacionais.<sup>370</sup>

No que diz respeito à satisfação das condições existenciais mínimas há um limite à liberdade de conformação do legislador, devendo aquelas serem asseguradas. Este patamar mínimo não se reduz à garantia da existência física dos indivíduos, mas às prestações necessárias à satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>371</sup>, o qual “pressupõe um certo grau de autonomia do indivíduo, no sentido de ser capaz de conduzir a sua própria existência, de tal sorte que a liberdade pessoal constitui exigência indeclinável da própria dignidade.”<sup>372</sup> Portanto, o limite das prestações materiais mínimas a serem asseguradas pelo Estado é demarcado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sendo tais garantias mínimas os pressupostos para a liberdade fática dos indivíduos.<sup>373</sup>

Para o autor:

[...] constata-se a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independente ou para além da concretização do legislador. Neste particular, assume especial relevo a íntima vinculação de vários destes direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, o que se manifesta de forma contundente nos direitos ao salário mínimo, assistência e previdência social, bem como no caso do direito à saúde.<sup>374</sup>

A esse respeito entendeu o Ministro Celso de Mello que:

[...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.<sup>375</sup>

No mesmo sentido o entendimento do STJ:

[...] Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de

<sup>370</sup> SARLET, 2004, p. 346-349.

<sup>371</sup> SARLET, loc. cit.

<sup>372</sup> Ibid., p. 346.

<sup>373</sup> SARLET, loc. cit.

<sup>374</sup> Ibid., p. 345.

<sup>375</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. [...]

5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.<sup>376</sup>

Em relação à necessidade de proteção judicial para a concretização dos direitos fundamentais, leciona Moraes que:

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.

<sup>377</sup>

Embora reconheça-se o direito do indivíduo pleitear judicialmente a concessão de tratamentos médicos ou medicamentos às expensas do Estado a partir do art. 196 da CF/88, este direito não ostenta um caráter incondicionado, um vez que é inconcebível sustentar que o Estado deve satisfazer sempre e de forma ilimitada aos interesses individuais. Uma dessas condições é a situação pessoal de hipossuficiência econômica do pleiteante. Esse direito, embora tenha como diretriz o acesso universal e igualitário, deve ser interpretado de forma sistêmica, atentando-se para os direitos sociais como implementadores de uma igualdade real e de uma justiça distributiva. Impõe-se considerar, ainda, que os recursos estatais são limitados, sendo a concessão de tutela a interesses individuais a quem não carece de bens materiais para provê-los por conta própria um desvirtuamento da função do sistema, pois a gratuidade indiscriminada afasta-se da concepção distributiva de bens ínsita aos direitos sociais. Dessa forma, a concessão de tutela judicial para cobrir despesas individuais de quem possui condições de provê-las, deixando o Estado de investir tais recursos na saúde coletiva, desnatura o objetivo do direito à saúde previsto constitucionalmente, qual seja, o acesso

<sup>376</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº. 1.002.335 - RS (2007/0257351-2), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, Brasília, DF, 21 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

<sup>377</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3.

igualitário e universal, uma vez que priva o coletivo em prol do individual que não necessita efetivamente do auxílio do Estado.<sup>378</sup>

Diante do exposto e reconhecendo-se, evidentemente, a existência de limites fáticos e jurídicos nessa área, pode-se concluir que, sempre que o Judiciário deparar-se com prestações emergenciais, cujo indeferimento acarreta o sacrifício de outros bens essenciais - como a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana - deverá reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada. Deve-se, analisando o caso concreto, fazer uma ponderação dos bens constitucionais colidentes e harmonizá-los utilizando-se do princípio da proporcionalidade.<sup>379</sup>

---

<sup>378</sup> AZEM, Guilherme Beux Nassif. Direito à saúde e comprovação da hipossuficiência. In: ASSIS, 2007, p. 16-17.

<sup>379</sup> SARLET, 2002, loc. cit.

## 5 CONCLUSÃO

A República Federativa do Brasil constitui-se um Estado Democrático e Social de Direito, o qual tem como um de seus pressupostos a concretização dos direitos sociais, além de ter como um de seus fundamentos o princípio dignidade da pessoa humana, o qual possui íntima relação com os direitos fundamentais, constituindo-se o direito à vida, à liberdade e à igualdade as exigências elementares desse princípio.

Entre os direitos sociais, o direito à saúde é um dos que mais têm suscitado controvérsias em relação à sua eficácia, fato que vêm ocasionando conseqüências trágicas, onde as pessoas, não raramente, vêm-se tolhidas de seu direito à vida e à dignidade. A crise de efetividade pelo qual passa esse direito tem causa, especialmente, na forma de positivação, uma vez que são dependentes de políticas públicas, e nos elevados dispêndios financeiros a serem efetuados pelo Estado para sua concretização.

Os gastos com saúde têm progredido significativamente em todos os países em razão do desenvolvimento da medicina e do aumento da expectativa de vida da população, fatos que ocasionam a demanda de tratamentos mais sofisticados e caros, contrastando com limitada disponibilidade de recursos financeiros do Estado, o qual tem diversas áreas em que deve investir.

É pacífico o reconhecimento de que os recursos financeiros do Estado são limitados e submetem-se a processos legais para sua alocação, de acordo com a liberdade de conformação conferida ao legislador e com as opções feitas periodicamente pelo eleitorado, porém, não se pode negar que o uso desses recursos deve ser feito de forma racional e sempre orientado para a concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, os quais vinculam todos os Poderes do Estado e têm prioridade em sua execução.

A existência digna, num autêntico Estado Democrático e Social de Direito, requer o compromisso com a efetivação dos direitos sociais, devendo o Estado assegurar as condições mínimas de vida, as quais constituem-se limites à liberdade de conformação conferida ao legislador, pois onde falta o mínimo existencial, esvaziam-se não só os direitos sociais, mas também os direitos de defesa, como a liberdade e a igualdade reais.

A proteção à vida e à dignidade da pessoa humana faz com que seja reconhecido um direito subjetivo originário às prestações materiais na área da saúde, apesar de carecerem de plena eficácia as normas constitucionais a elas relacionadas. É nesse contexto que se torna

imprescindível o compromisso do Poder Judiciário com os direitos fundamentais, o qual deverá agir no sentido de garantir a concretização do direito à saúde sempre que constatada a relutância dos outros Poderes na sua satisfação.

O fundamento para a concessão de prestações materiais por parte do Judiciário e o conseqüente reconhecimento de um direito subjetivo a prestações existências mínimas na área da saúde é o art. 196 da Constituição Federal de 1988, o qual, embora se trate de norma de eficácia limitada, é dotado de eficácia jurídica suficiente para que o indivíduo economicamente hipossuficiente socorra-se do Poder Judiciário para fazer valer seu direito perante o Estado.

A concretização do direito à saúde, pela sua evidente relevância, exige a co-responsabilidade do Poder Judiciário, promovendo uma alteração nas funções clássicas dos juízes, os quais devem atuar orientados pelos direitos fundamentais, intervindo e criando as soluções exigidas para sua garantia.

Sempre que o direito fundamental à saúde não for assegurado pelos outros Poderes (Executivo e Legislativo), cabe ao Judiciário, como salvaguarda dos direitos fundamentais, intervir para sua concretização, opondo um óbice legítimo à ampla esfera de atuação conferida constitucionalmente ao legislador no tocante à efetivação daquele direito.

Assim, o Poder Judiciário, ao deparar-se com prestações emergenciais na área da saúde, cujo indeferimento acarreta o sacrifício de outros bens essenciais - como a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana – deverá reconhecer um direito subjetivo originário, com fundamento na Constituição Federal de 1988, do particular à prestação reclamada. Para tanto, deverá valer-se, no caso concreto, da ponderação dos bens constitucionais colidentes e harmonizá-los utilizando-se do princípio da proporcionalidade.

## REFERÊNCIAS

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.

ASSIS, Araken de (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21 ed., atual. São Paulo : Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo : Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Do estado liberal ao estado social**. 5 ed. Ver. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 set. 2008.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999. Aprova o regulamento da previdência social, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm)>. Acesso em: 08 out. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 2007/0031240-4 da 1ª turma, Brasília, DF, 26 de junho de 2007. Disponível em < <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo de Instrumento nº. 645.746 - RS (2004/0174459-0), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, Brasília, DF, 02 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº. 1.002.335 - RS (2007/0257351-2), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, Brasília, DF, 21 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº. 1.002.335 - RS (2007/0257351-2), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, Brasília, DF, 21 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 948.579 - RS (2007/0099821-0), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, Brasília, DF, 21 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 702.786 - RS (2004/0162036-9), do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, Brasília, DF, 21 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso MS nº 11183 - PR, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasília, DF, 04 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.192, Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº [271.286-AgR](#), Brasília, DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na Suspensão de Tutela Antecipada nº 59-SC (2003/0232382-3), Brasília, DF, em 25 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (4. Região). Suspensão de Segurança nº 20050401000213-1/PR, Porto Alegre, RS, em 11 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1992.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra : Almedina, 2003.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde**: comentários à lei orgânica da saúde (Lei n. 8080/90 e Lei n. 8142/90). 2.ed., São Paulo: HUCITEC, 1995.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Relatório da 8ª conferência nacional de saúde**. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes>>. Acesso em: 09 ago. 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 1 ed., 2 tir. Curitiba: Juruá, 2002.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo : Hucitec, 1995.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em 19 set. 2008.

FARIA, José Eduardo. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1998.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

KRÄMER, Ana Cristina O Poder Judiciário e as ações na área da saúde. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, novembro 2006. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Ana\\_Kramer.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm)>. Acesso em: 08 set. 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. Tomo I – Noções de Direito Previdenciário. 3 ed. São Paulo: LTr, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt.htm>>. Acesso em: 09 set. 2008.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes da. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ da Justiça Federal**. Brasília, vol. 1, n. 3, set/dez. 1997. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>. Acesso em 17 out. 2008.

SANTOS, Lenir. Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 821, 2 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7378>>. Acesso em: 07 set. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 28 set. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 3, jan. 2002, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse público**. Vol. 7, nr. 32, p 225, julho-agosto/2.005. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/verbajuris/2005.htm> >. Acesso em: 19 ago 2008.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**: custeio da seguridade social, previdência social, saúde e assistência social. São Paulo: Saraiva, 2008.

