

Alexandre Weihrauch Pedro



JUDICIALIZAÇÃO



SAÚDE



O Direito Fundamental à Saúde  
e o Dever do Estado de fornecer  
medicamentos.



A Constituição Federal de 1988 (CF/88) ressalta a importância do direito à saúde ao colocá-la dentro do título que trata dos direitos e das garantias fundamentais, em seu artigo 6º. Além de ser considerado, pela doutrina e pela jurisprudência majoritária, como uma cláusula pétrea, o direito à saúde figura também no título correspondente à Ordem Social. Neste título, a saúde é assegurada como direito de todos os cidadãos, devendo o Estado envidar esforços para promovê-la. Mostra-se, assim, mais uma vez, a relevância que o direito à saúde possui na nossa arquitetura constitucional.

...

Mesmo após mais de 10 anos da paradigmática decisão do STF no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (STA 175), esse julgado segue relevante pelo novo olhar que lançou sobre o tema do fornecimento de medicamentos pelo Estado no país. Sob a condução do voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes, o STF estabeleceu importantes balizas para todas as discussões que se seguiram tanto na temática específica do direito à saúde quanto pela firme posição estabelecida no sentido de privilegiar e fazer valer a força normativa da Constituição. Embora não se tenha descuidado do custo dos direitos fundamentais, principalmente frente a importantes argumentos de limitação orçamentária e de responsabilidade fiscal.



editora *fi*.org



## **JUDICIALIZAÇÃO E SAÚDE**

## ***Direção Editorial***

Lucas Fontella Margoni  
*(in memoriam)*

## ***Comitê Científico***

### **Prof. Me. Plínio Saraiva Melgaré**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

### **Prof. Dr. Cláudio Lopes Preza Júnior**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

### **Prof. Esp. Francisco José Moesch**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

# JUDICIALIZAÇÃO E SAÚDE

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O DEVER  
DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTOS

**Alexandre Weihrauch Pedro**



**Diagramação:** Marcelo Alves

**Capa:** Carole Kümmecke ([www.carolekummecke.com.br](http://www.carolekummecke.com.br))



A Editora Fi segue orientação da política de distribuição e compartilhamento da Creative Commons Atribuição-Compartilhamento 4.0 Internacional [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

---

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

P372j

Pedro, Alexandre Weihrauch

Judicialização e saúde: o direito fundamental à saúde e o dever do estado de fornecer medicamentos [recurso eletrônico] / Alexandre Weihrauch Pedro – Porto Alegre : Fi, 2023.

99p.

ISBN 978-65-5917-697-7

DOI 10.22350/9786559176977

1. Judicialização – Direito Público – Saúde – Medicamentos. I.

Título.

---

CDU 342:616-05

Dedico o presente livro à minha irmã, juramentista e juramentada na bela arte de curar, discípula de Hipócrates que me ensina e me inspira constantemente, por meio do exemplo e de sua dedicação e entusiasmo pela profissão.







## AGRADECIMENTOS

Realizar um estudo como este não é uma tarefa fácil, além de demandar tempo, dedicação e paciência, requer a compreensão de familiares, amigos e colegas.

Por isso, gostaria de deixar registrado aqui um agradecimento especial aos meus pais e à Bruna Lautert, bem como aos meus demais amigos e colegas e ao orientador deste trabalho, Prof. Plínio Saraiva Melgaré, por haverem me acompanhado durante esta trajetória.

Não poderia faltar, sobretudo, um obrigado especial à Universidade que me formou, minha *alma mater*. A Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) me ensinou muito mais do que apenas conteúdos didáticos passados em sala de aula, bem como me possibilitou realizar um intercâmbio acadêmico na *Universidad Autónoma de Madrid* (UAM), na Espanha. Foram muitos dias, meses e anos nos quais a PUCRS foi uma verdadeira escola da vida.

Por fim, eu gostaria de deixar um agradecimento especial ao Lucas Fontella Margoni (*in memoriam*), à sua família e à equipe de trabalho da Editora Fi, sem os quais a publicação deste livro não seria possível, tampouco esse projeto democrático de publicação e distribuição de livros acadêmicos em acesso aberto.

A todos, muito obrigado.



“Até que o sol não brilhe, acendamos uma vela na escuridão”.

**Confúcio**



## NOTAS DO AUTOR

É de se destacar que o presente livro é resultado do trabalho que foi desenvolvido, originalmente, como monografia para a conclusão de curso de bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), ainda no ano de 2013, sob a orientação do professor Plínio Saraiva Melgaré.

Dessa forma, a pesquisa e a redação do texto ocorreram do final do ano de 2012 até meados do ano de 2013, quando houve a defesa pública do trabalho na presença dos professores Cláudio Lopes Preza Júnior, mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e professor assistente da PUCRS, e Francisco José Moesch, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e atual Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do mesmo Estado.

De qualquer modo, pensa-se que, ainda hoje, o trabalho e, principalmente, o tema seguem relevantes e na ordem do dia, de maneira que a presente pesquisa poderá contribuir para a compreensão das questões atinentes ao direito fundamental à saúde e ao consequente dever do Estado de fornecer medicamentos aos cidadãos necessitados.

Destaca-se, por oportuno, que mesmo após mais de 10 anos da paradigmática decisão do STF no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (STA 175), esse julgado segue relevante pelo novo olhar que lançou sobre o tema do fornecimento de medicamentos

pelo Estado no Brasil. Sob a condução do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, o STF estabeleceu importantes balizas para todas as discussões que se seguiram tanto na temática específica do direito à saúde quanto pela firme posição estabelecida no sentido de privilegiar e fazer valer a força normativa da Constituição. Embora não se tenha descurado do custo dos direitos fundamentais, principalmente frente a importantes argumentos de limitação orçamentária e de responsabilidade fiscal.

Por fim, salienta-se que se optou por manter a redação original do texto, passando-se apenas por uma nova revisão formal, que pouco ou quase nada alterou em relação ao conteúdo original da monografia apresentada no ano de 2013. Feitas essas advertências, que os leitores façam um bom proveito deste livro.

Porto Alegre, janeiro de 2023.

## **LISTA DE SIGLAS**

ANVISA	Agência Vigilância Sanitária
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DCB	Denominação Comum Brasileira
EC	Emenda Constitucional
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PGR	Procuradoria-Geral da República
RE	Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal
RESP	Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça
STA nº 175	Suspensão de Tutela Antecipada nº 175
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul





# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>19</b>
<b>1</b>	<b>23</b>
<b>OS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	
1.1 UMA BREVE HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	23
1.2 O QUE SÃO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	27
1.3 A EFICÁCIA, A APLICABILIDADE E SUAS PROBLEMÁTICAS.....	33
<b>2</b>	<b>40</b>
<b>OS DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE</b>	
2.1 OS DIREITOS SOCIAIS E AS SUAS PROBLEMÁTICAS .....	40
2.2 O CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE E A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	53
2.3 O DIREITO À SAÚDE DELINEADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	59
<b>3</b>	<b>68</b>
<b>O DEVER ESTATAL DE FORNECER MEDICAMENTOS NA JURISPRUDÊNCIA</b>	
3.1 UMA BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIAS NO TJRS .....	68
3.2 UMA BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIAS NO STF .....	76
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>87</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>95</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de analisar as questões atinentes ao direito fundamental à saúde e ao dever do Estado de fornecer medicamentos aos cidadãos. Com a finalidade de se alcançar esse objetivo foi utilizado o método dedutivo partindo-se de uma revisão fundamentada basicamente na bibliografia e na jurisprudência pátria sobre os direitos fundamentais, passando-se pelos direitos sociais e aprofundando-se mais especificamente no pertinente direito à saúde, propriamente dito. Procurou-se tratar de conceitos da dogmática dos direitos fundamentais apenas na medida em que foram indispensáveis para abordar o tema do presente trabalho e somente na sua profundidade oportuna.

O acadêmico descobriu a relevância e a oportunidade de se pesquisar este tema ao verificar a quantidade de demandas que tramitavam na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul durante a realização do estágio de graduação no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul no ano de 2011. A motivação para a presente pesquisa encontra-se na crescente necessidade por parte dos cidadãos de acessar a via judicial para ter, efetivamente, assegurado o seu direito à saúde e à dignidade da pessoa humana, em última análise.

No plano internacional, a própria Organização das Nações Unidas (ONU) declarou expressamente que a saúde e o bem-estar da

humanidade são direitos fundamentais do ser humano. No mesmo sentido, nas convenções e nos tratados internacionais reconhecidos e ratificados pelo Brasil também são encontradas inúmeras referências ao direito à saúde como direito social fundamental.

No âmbito normativo interno, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) ressalta a importância do direito à saúde ao colocá-la dentro do título que trata dos direitos e das garantias fundamentais, em seu artigo 6º. Nesse sentido, as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais são tão importantes para o Estado Social e Democrático de Direito desenhado pela Constituição da República Federativa do Brasil, que possuem aplicabilidade imediata, conforme o exposto no parágrafo 1º do art. 5º da CF/88.

Além de ser considerado, pela doutrina e jurisprudência majoritária, como uma cláusula pétrea da Carta Magna de nosso Estado, o direito à saúde figura também no título correspondente à Ordem Social. Neste título, a saúde é assegurada como direito de todos os cidadãos, devendo o Estado enviaar esforços para promovê-la. Mostra-se, assim, mais uma vez, a relevância que o direito à saúde possui na nossa arquitetura constitucional.

Mesmo com todo esse aparato normativo por trás do direito à saúde, não há, ainda, um consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da dimensão objetiva e subjetiva que este direito jusfundamental envolve. Desse modo, surgem os seguintes questionamentos: qual seria o alcance normativo do âmbito de proteção do direito à saúde na sua configuração dada pela Constituição Federal? Qual seria a efetividade e a aplicabilidade desse direito? Quais seriam as limitações e as restrições legítimas

ao direito à saúde? Qual seria a dimensão da exigibilidade de medicamentos, por parte dos cidadãos, obrigando, em que medida, o Estado a realizar essas prestações positivas? Estaria o Poder Judiciário legitimado a promover prestações de medicamentos por parte do ente público? E, por fim, como seria possível concretizar o direito à saúde de forma a torná-lo uma verdadeira garantia constitucional efetiva e respeitada, atendendo a todos os necessitados?

No intuito de se tentar responder essas perguntas, dividiu-se o presente trabalho em três capítulos de desenvolvimento, além, de em uma introdução e em uma conclusão. Assim, no primeiro capítulo, buscou-se delinear os direitos fundamentais enquanto fenômenos jurídicos: primeiramente, contextualizando-se o seu histórico moderno; após, analisando-se questões acerca da sua natureza; e, encerrando o capítulo, tratando-se sobre as problemáticas de eficácia e aplicabilidade desses direitos.

Após, no segundo capítulo, tratou-se sobre o direito à saúde enquanto um direito social propriamente dito. Assim, primeiro, buscou-se delinear as problemáticas envolvendo essas categorias; em seguida, movimentou-se em direção ao conceito do direito à saúde, em uma breve evolução histórica; e, para finalizar o capítulo, averiguou-se o delineamento dado pela Constituição Federal de 1988 ao direito à saúde.

Já no último capítulo, discorreu-se sobre a jurisprudência pátria em relação ao dever, ou não, de o Estado fornecer medicamentos aos necessitados. Dessa feita, realizou-se uma breve análise da jurisprudência encontrada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e encerrou-se o capítulo com uma breve análise da

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), dando-se especial atenção para o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (STA nº 175).

Assim, o presente estudo acadêmico visa a suscitar breves apontamentos pertinentes e passíveis de contribuição teórica no campo acadêmico-jurídico, e de contribuição prática para a sociedade brasileira como um todo.

# 1

## OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para esta jornada iniciar rumo à discussão das questões em foco, se partirá de uma breve história dos direitos humanos e fundamentais<sup>1</sup>, desde a sua concepção moderna, a saber, junto a formação do Estado Liberal, passando-se pela da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – proclamada no ano de 1789, durante a Revolução Francesa – rumando-se aos dias atuais.

### 1.1 UMA BREVE HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes da formação dos Estados modernos, não havia de se falar em direitos humanos ou fundamentais como são conhecidos hoje, porque apenas a partir da construção dos Estados modernos é que se deixou de olhar para as pessoas como súditos de um senhor feudal, que possuíam apenas deveres para com os seus senhores, e se passou a considerá-los, verdadeiramente, como sujeitos portadores de dignidade e de direitos.

Segundo Norberto Bobbio:

---

<sup>1</sup> Não se desconhece a diferença dos conceitos de *direitos humanos* e de *direitos fundamentais*, embora também sejam conceitos muitas vezes utilizados como sinônimos gerais. Conforme destaca Ingo Sarlet, o termo *direitos fundamentais* costuma ser aplicado mais para os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão *direitos humanos* guardaria uma maior relação com os tratados e convenções de Direito Internacional, de modo que estes revelariam um caráter supranacional ou internacional, enquanto aqueles teriam maior relação com a ordem jurídica interna de cada país. Apesar dessa diferença terminológica, para o objeto da presente obra, utilizá-lo-emos como sinônimos gerais, preferindo, sempre que não se torne excessivamente repetitivo a expressão *direitos humanos e fundamentais*. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

[Com a criação dos Estados modernos] passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão.<sup>2</sup>

Claro que esse processo não foi um acontecimento instantâneo, mas, sim, um caminho contínuo, no qual, muitas vezes, passou-se por vias tortuosas, para, após, seguir em frente novamente. Esse processo teve uma grande contribuição das guerras religiosas que ocorreram pela Europa naquela época. Foram nessas guerras que se afirmou o direito de resistência à opressão. Conforme Bobbio, o direito de resistência à opressão advém de direitos ainda mais elementares, veja-se:

O direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem como tal e não dependem de beneplácito do soberano.<sup>3</sup>

Esse processo irreversível continuou de forma lenta e progressiva, rumo ao reconhecimento e à afirmação histórica dos direitos do cidadão dentro de cada Estado, e, depois, indo em direção ao reconhecimento dos direitos humanos de forma mais universal, que teve como expoente a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*<sup>4</sup> durante a Revolução Francesa.

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 22.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.24.

<sup>4</sup> "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" (tradução nossa).



Assim, surgem os chamados direitos de liberdade ou direitos de primeira dimensão ou geração<sup>5</sup>. Notadamente, esses direitos de primeira geração são aqueles que possuem caracteres mais individuais e são direcionados contra o Estado-Leviatã, conferindo uma maior liberdade aos indivíduos, por meio da noção da existência de uma esfera privada imune da intervenção estatal.

Nesse contexto, o Estado liberal, absolutizando o direito à liberdade individual, por meio de uma política de não intervenção estatal na sociedade, *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*<sup>6</sup>, acabou criando uma situação de verdadeira exploração, na qual submetia os trabalhadores a condições subumanas e precárias de trabalho. O problema social espalhou-se por toda a Europa e pelos Estados Unidos da América. Conforme destaca Ferreira Filho:

A classe trabalhadora foi relegada a uma situação de verdadeira penúria. O horror do desemprego virou realidade, juntamente com a despreocupação do Estado com as condições da classe operária. Não era raro se deparar com jornadas exaustivas, trabalho infantil e condições insalubres de labor.<sup>7</sup>

No ano de 1848, os pensadores e cientistas sociais Karl Marx e Friedrich Engels redigiram o Manifesto do Partido Comunista, o qual veio a influenciar fortemente a Revolução da União das Repúblicas Soviéticas e diversos movimentos reivindicatórios por parte das classes dos

---

<sup>5</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet o termo “dimensão” se mostra mais adequado que o termo “geração”, quando se trata dos direitos humanos e fundamentais, haja vista que o termo “geração” pode dar uma falsa ideia de substituição de uma geração por outra. Já com o termo “dimensão”, não se tem essa falsa ideia.

<sup>6</sup> “Deixai fazer, deixar passar, o mundo caminha por si mesmo”. (tradução nossa).

<sup>7</sup> FERREIRA FILHO, 2008 apud BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012. p. 33.

trabalhadores. Dessa forma, é que surgem os chamados direitos sociais ou de segunda geração ou dimensão.

Os direitos sociais, ao contrário dos direitos de liberdade, exigem uma prestação positiva do Estado. Assim, esses direitos não são mais para evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo, mas, sim, para promover o bem-estar dos cidadãos por meio da intervenção positiva do próprio Estado.<sup>8</sup> Nessa conjuntura, as Constituições do México, de 1917, e a da República de Weimar (Alemanha), de 1919, foram as primeiras constituições escritas a sistematizar os direitos de liberdade e os sociais no mesmo texto jurídico.

Com o passar do tempo e com o evoluir das sociedades, verificou-se que a proteção abarcada pelos direitos de liberdade e pelos direitos sociais ainda eram insuficientes para garantir uma vida digna à maioria da população. Assim, com os pós-guerras mundiais surgem a noção de Estado Democrático de Direito e os direitos de solidariedade ou de terceira geração ou dimensão. Na noção de André Luiz Bianchi<sup>9</sup>, esses direitos deslocaram-se da figura do homem, enquanto sujeito individualizado, e rumaram no sentido de tutelar os direitos humanos com uma titularidade mais difusa ou coletiva. Desse modo, com o advento do Estado Democrático de Direito e o reconhecimento dos direitos de solidariedade, verifica-se que o homem, no seu sentido individual, deixou de ser o único fim e o destinatário das normas passando a figurar

---

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

<sup>9</sup> BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

também a noção de coletividade de indivíduos no papel central das constituições modernas.

Em suma, e após esse breve percurso no processo histórico pelo qual os direitos humanos e fundamentais se afirmaram, pode-se concluir, com amparo na afirmação de Bobbio, que os direitos fundamentais não nascem todos de uma vez, eles nascem quando podem ou devem florescer<sup>10</sup>. Como destaca Vieira de Andrade, sempre que surge uma nova forma de poder ou um novo tipo de perigo para a dignidade da pessoa humana, tende-se a aparecer, conjuntamente, um novo direito para a sua proteção<sup>11</sup>. Passa-se, portanto, ao estudo mais detalhado desse fenômeno dos direitos humanos e fundamentais, contando-se com suas subdivisões em gerações ou dimensões.

## 1.2 O QUE SÃO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após a breve contextualização histórica realizada na sessão anterior, partiremos da noção de direitos humanos e fundamentais traçadas durante a República de Weimar. Conforme destaca Ernst-Wolfgang Böckenförde, inicialmente, *los derechos fundamentales eran considerados como garantías subjetivas de libertad frente al Estado, dirigidas ante todo contra el Ejecutivo*<sup>12-13</sup>.

---

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 26.

<sup>11</sup> VIERA DE ANDRADE. **Os Direitos Fundamentais do Século XXI**.

<sup>12</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos Sobre Derechos Fundamentales**. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. 1. ed. Baden-Baden, 1993. p. 96.

<sup>13</sup> “Os direitos fundamentais eram considerados como garantias subjetivas de liberdade frente ao Estado, dirigidas principalmente contra o Executivo.” (Tradução nossa).

Na concepção tradicional, os direitos humanos e fundamentais nasceram e foram destinados para defender o cidadão contra as intervenções do Estado, em um verdadeiro sentido de direitos de defesa da pessoa em relação ao arbítrio estatal. Nesse aspecto, os direitos fundamentais são caracterizados pela necessidade de omissão do Estado, seja pela não intervenção na esfera individual dos cidadãos, seja pelo não impedimento da prática de determinados atos na sociedade. Assim, o Estado estaria obrigado a respeitar o núcleo de liberdades assegurado aos cidadãos pelas constituições<sup>14</sup>. Por tudo isso, os direitos de defesa seriam considerados direitos fundamentais de primeira dimensão.

Conforme breve análise histórica realizada na sessão anterior e o caráter formal dos direitos fundamentais, podemos dividi-los, com segurança, em três dimensões; ressaltando-se que há autores que cogitam, inclusive, quatro ou mais dimensões. Ficaremos, neste trabalho, somente com as três dimensões já consagradas, conforme define Ingo Wolfgang Sarlet<sup>15</sup>. São elas: os direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira dimensão.

Os direitos de primeira dimensão são marcadamente de cunho mais individualista, consistindo basicamente nos direitos do cidadão frente ao Estado. Eles defendem a não intervenção ilegítima do Estado na autonomia individual dos cidadãos. Eles são considerados como

---

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

direitos de cunho negativo, justamente por causa desse viés de abstenção dos poderes públicos<sup>16</sup>.

Nesse rol de direitos encontram-se, entre outros, os direitos à vida, à liberdade (de expressão, de imprensa, de associação etc.), à propriedade e à igualdade (tanto formal quanto material).

Porém, conforme Gilmar Ferreira Mendes, a experiência mostra-nos que os “direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contramedidas legais restritivas dos direitos de liberdade não se afigura suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade”<sup>17</sup>. Assim, surgem os direitos de segunda dimensão.

Os direitos de segunda dimensão seriam os direitos que exigem uma prestação positiva, não se tratando mais de defesa do indivíduo contra o Estado, e, sim, da efetivação de determinados direitos por intermédio deste. Desse modo, os direitos de segunda dimensão requerem uma atuação do Estado por meio da edição de leis (poder legislativo) ou da adoção de políticas públicas (poder executivo), constituindo-se verdadeiramente uma obrigação de fazer estatal. A exemplo desses direitos, há as prestações sociais, como a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho etc.

A seu turno, os direitos de terceira dimensão, também conhecidos por direitos de fraternidade ou de solidariedade, são marcados por seu elemento não mais meramente individual, mas, sim, de titularidades

---

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 47.

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 44.

coletivas e difusas. Ensina Ingo Wolfgang Sarlet que esses direitos “destinam-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)”<sup>18</sup>. São esses os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, à qualidade de vida, entre outros.

Hodiernamente e após a concepção de que os direitos fundamentais são muito mais que meramente os direitos de defesa contra o Estado, Gilmar Ferreira Mendes cunhou a seguinte concepção acerca dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados.<sup>19</sup> Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.<sup>20</sup>

Desse trecho, evidencia-se que, para se falar em direitos fundamentais, obrigatoriamente temos que nos referir ao Estado de Direito e a Constituição. Isso, porque somente por meio da carta magna de um Estado de Direito que podemos cogitar a noção de direitos

---

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 48.

<sup>19</sup> HESSE, Konrad, 1988 apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p 36.

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 36.

fundamentais. Seguindo esse raciocínio, temos as lições sobre direitos fundamentais e sua ligação com o Estado traçadas por Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição de 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>21</sup>

Desse excerto da obra de Sarlet, podemos vislumbrar a importância que os direitos fundamentais possuem para a normativa pátria, evidenciando que eles não são apenas a base da qual emana os outros direitos e normas, tampouco somente o ápice da pirâmide normativa; eles são também o núcleo elementar de onde emana e converge toda a razão da Constituição e do Estado Democrático e Social de Direito. Nesse sentido e ressaltando a íntima ligação entre Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, está a ideia de Sarlet de que:

Há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 58.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 62.

Cumpra ressaltar também relacionada lição de Perez Luño, que nos remete à dupla perspectiva dos direitos fundamentais:

Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (la doctrina germana los califica, por ello, de Grundwert) y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.<sup>23-24</sup>

Essa dupla perspectiva é caracterizada por uma vertente objetiva e por outra subjetiva. Na objetiva, tem-se que os direitos fundamentais não se limitariam, apenas, à função de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público<sup>25</sup>. Porém, essa perspectiva traz a percepção de que esses direitos constituem também “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para órgãos legislativos, judiciários e executivos”<sup>26</sup>. Assim evidencia-se a eficácia irradiante que possuem os direitos fundamentais: vinculam todos os poderes estatais (a chamada eficácia vertical) e aos indivíduos em suas relações entre particulares (a chamada eficácia horizontal).

De outra banda, na perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, tem-se que o direito fundamental implica um poder ou uma

---

<sup>23</sup> LUÑO, Perez apud FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais**: Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2007. p. 33

<sup>24</sup> “Os direitos fundamentais apresentam-se na ordem constitucional como um conjunto de valores básicos (denominado como ‘Grundwert’ pela doutrina alemã) e, ao mesmo tempo, como o marco de proteção das situações jurídicas subjetivas”. (Tradução nossa).

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 143.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 143.



faculdade que possibilitaria ao cidadão a realização efetiva de interesses reconhecidos ou protegidos pela norma jurídica<sup>27</sup>. Em outras palavras, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais nada mais é que a exigibilidade que os cidadãos têm para ver defendido os seus interesses juridicamente tutelados ou, ainda, a possibilidade de ter atendidos estes interesses por meio de prestações positivas por intermédio do Estado.

### 1.3 A EFICÁCIA, A APLICABILIDADE E SUAS PROBLEMÁTICAS

Não há falar em direitos fundamentais sem falar de sua eficácia e de sua aplicabilidade. Porém, antes de se adentrar nesse terreno, é mister tecer-se algumas considerações quanto aos conceitos terminológicos importantes para essa abordagem.

Para a definição de vigência, socorre-se primeiramente aos ensinamentos de José Afonso da Silva. Para este autor, a vigência seria a característica do direito que rege as relações sociais no aqui e agora, referindo-se ao direito presente<sup>28</sup>. Já Hans Kelsen acrescenta que ela seria a própria existência específica da norma<sup>29</sup>. Conclui-se, então, que a vigência pode ser considerada como a característica da norma que está em vigor, existindo no ordenamento jurídico e disciplinando o mundo do dever-ser<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> ANDRADE, Vieira de apud FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais**: Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2007. p. 58.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed.; 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2004. p. 65

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 11.

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed.; 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2004. p. 65

Para a definição de eficácia, parte-se também das lições de José Afonso da Silva. De acordo com esse autor, a eficácia seria uma expressão normalmente utilizada com dois sentidos distintos, porém complementares: eficácia social e eficácia jurídica. A eficácia social poderia ser equiparada à efetividade, pois se refere à condição da norma ser realmente obedecida e aplicada pelas pessoas no mundo dos fatos. Sentido diverso seria a eficácia jurídica, com significação de possibilidade de aplicação jurídica ou executoriedade da norma<sup>31</sup>. Complementa-se com o seguinte excerto do autor:

Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social.<sup>32</sup>

Assim, conclui-se que a eficácia jurídica pode ser entendida como a aptidão ou a possibilidade da norma em ser aplicada aos casos concretos e gerar efeitos no mundo jurídicos, diferenciando-se da eficácia social que pode ser entendida como o real alinhamento das condutas humanas ao conteúdo da norma de regência, de modo a seguir os preceitos normativos no mundo dos fatos e não mais apenas no mundo jurídico.

Já no que concerne ao conceito de aplicabilidade, em que pese o seu conceito não seja pacífico na doutrina, tem-se que uma norma só é aplicável na medida em que for juridicamente eficaz. Isto é, a eficácia e a

---

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed.; 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2004. p. 65 et seq.

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 66.

aplicabilidade das normas, principalmente quando se trata de normas constitucionais, seriam institutos conexos, os quais representariam aspectos distintos do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade e esta como realizabilidade ou, mesmo, como praticidade<sup>33</sup>.

Realizadas essas considerações terminológicas, passa-se a abordar as principais problemáticas enfrentadas na aplicação dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira. Segundo consta na Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais teriam aplicabilidade imediata<sup>34</sup>. Assim, com o que prescreve essa norma, surge o seguinte questionamento: seriam os direitos e garantias fundamentais de alcance ilimitado, ou haveria restrições a essa aplicabilidade imediata?

Constata-se que não há um consenso na doutrina brasileira sobre a resposta mais apropriada a essa indagação. José Afonso da Silva destaca que não há qualquer norma constitucional completamente destituída de eficácia, em que pese defenda uma tipologia tríplice à tal eficácia de acordo com a necessidade e/ou possibilidade de regulamentação: normas de eficácia plena, contida ou limitada. As normas de eficácia plena seriam aquelas normas constitucionais detentoras de aplicabilidade direta, imediata e integral. As normas de eficácia contida seriam aquelas normas constitucionais detentoras de aplicabilidade

---

<sup>33</sup> Ibidem. p. 60.

<sup>34</sup> Art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

direta imediata e possivelmente não integral. E as normas de eficácia limitada seriam aquelas normas constitucionais detentoras de aplicabilidade indireta, mediada por legislação infraconstitucional e reduzida<sup>35</sup>.

De modo diverso, Virgílio Afonso da Silva defende que todos os direitos fundamentais seriam restringíveis entre si e regulamentáveis por legislação infraconstitucional<sup>36</sup>. Para se tratar com mais propriedade dessas restrições e regulamentações propostas por Virgílio, ter-se-á como ponto de partida a Teoria dos Princípios de Robert Alexy, veja-se:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>37</sup>

Assim, para Alexy, os princípios seriam como mandamentos de otimização, que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, respeitando-se tanto as possibilidades quanto as impossibilidades fáticas e jurídicas existentes<sup>38</sup>. Dessa forma, tem-se que os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, não dependendo apenas das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. Isso, de

---

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed.; 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2004. p. 81.

<sup>36</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. 2. ed.; 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011. p. 87

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011. p. 87

modo que as impossibilidades jurídicas seriam determinadas pelos princípios e regras colidentes com o princípio originalmente analisado<sup>39</sup>.

Por outro lado, as regras sempre devem ser satisfeitas na sua integralidade ou, então, não satisfeitas, não existindo graus variados para sua aplicação. Se uma regra é aplicável ao caso concreto, então se deve aplicá-la em sua totalidade. Ressalta, ainda, Robert Alexy que as regras conteriam determinações no âmbito daquilo que já foi analisado como fática e juridicamente possível<sup>40</sup>. Há casos, porém, no quais se pode haver colisão entre normas com estrutura de princípios e normas com estrutura de regras. Nesse contexto, as colisões entre normas distintas deveriam ser solucionadas de formas diferentes.

Quando há conflitos entre regras, eles devem ser resolvidos introduzindo-se uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou com a declaração de invalidade de alguma das regras. Uma das formas de se resolver esses conflitos amplamente utilizados no nosso direito pátrio é utilizando os critérios de resolução de antinomias aparentes<sup>41</sup>: *lex posterior derogat legi priori* (critério cronológico), *lex specialis derogat legi generali* (critério da especificidade) e *lex superior derogat legi inferior*

---

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011. p. 90.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011. p. 91.

<sup>41</sup> Conforme destacou Norberto Bobbio, "A situação de normas incompatíveis entre si é uma das dificuldades frente as quais se encontram os juristas de todos os tempos, tendo esta situação uma denominação própria: antinomia. A tese de que o ordenamento jurídico constitua um sistema no terceiro sentido aqui exposto pode-se exprimir também dizendo que o *Direito não tolera antinomias*" (grifos do original). BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 81.

(critério hierárquico). Nota-se que a forma empregada na resolução de conflitos entre regras atua na dimensão do âmbito de validade daquelas normas<sup>42</sup>.

De outra forma, porém, é a solução em caso de colisão entre princípios. Quando dois princípios colidem, deverá haver um sopesamento entre os princípios com base no caso em concreto. Assim, o objeto do sopesamento entre princípios é definir qual deles, que abstratamente têm um mesmo nível hierárquico, terá um maior peso no caso em concreto, incidindo um de forma diferencial em relação ao outro<sup>43</sup>. Diferentemente do conflito de regras, que possui a sua solução no âmbito da validade das regras, no de princípios, o âmbito utilizado para a solução da controvérsia é o da maior importância frente ao caso em concreto<sup>44</sup>.

Assim, as normas de direitos fundamentais, para Alexy, são essencialmente normas com estrutura de princípios, embora ressalte o autor que também existem aquelas normas de direitos fundamentais com estrutura de regras. Nesse último caso, as regras seriam resultado de um sopesamento já realizado, de forma prévia, pelo próprio constituinte no momento da confecção do texto<sup>45</sup>.

Desse modo, os direitos fundamentais, enquanto estruturas principiológicas, teriam dois aspectos: o *prima facie*, que deriva de um

---

<sup>42</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais**: Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2007.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011. p. 91.

<sup>44</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais**: Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2007.

<sup>45</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. op. cit.

suporte fático amplo e seria o direito abstrato antes da aplicação do sopesamento no caso concreto; e o direito fundamental definitivo, que seria o resultado dessa ponderação já realizada a luz de um caso em concreto. Assim, sempre que houver uma colisão de princípios ou o conflito de um princípio com uma regra haverá limitações ou restrições a princípios e, por consequência, a direitos fundamentais<sup>46</sup>.

Como conclusões deste capítulo, tem-se que todos os direitos fundamentais são passíveis de restrições e regulamentações, não existindo um direito fundamental que seja absoluto no ordenamento jurídico. Tem-se que os direitos fundamentais podem ser expressos tanto por normas com estruturas de princípios quanto por normas com estrutura de regras, conciliando-se a flexibilidade inerente dos princípios com a taxatividade que é própria das regras<sup>47</sup>.

E, por tudo isso, leva-se a entender que os direitos sociais e, de modo mais específico, o direito à saúde também são passíveis de restrições e regulamentações; assunto que será tratado de forma mais aprofundada no próximo capítulo.

---

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. op. cit. p. 95.

<sup>47</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2007.

# 2

## OS DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

### 2.1 OS DIREITOS SOCIAIS E AS SUAS PROBLEMÁTICAS

Os direitos sociais, como abordados no capítulo anterior, são aqueles direitos que, diferentemente dos direitos de primeira dimensão, exigem a realização de uma prestação positiva por parte do Estado para que possam ser efetivamente tutelados e usufruídos pelos cidadãos. Contudo, como se verá a seguir, essa simples diferenciação passa a carecer de sentido em uma análise mais aprofundada sobre a natureza dos direitos sociais, merecendo, assim, um reajuste conceitual.

Os opositores da eficácia dos direitos sociais defendem a tese na qual a diferença dos direitos individuais para os direitos sociais resumir-se-ia ao fato de que, para a efetiva tutela dos primeiros, pressupõe-se apenas uma obrigação negativa ou uma abstenção por parte do Estado, enquanto para a efetividade dos segundos, seriam apenas obrigações positivas ou de fazer por parte do ente estatal<sup>1</sup>. Isso justificaria uma maior eficácia e justiciabilidade dos direitos individuais em detrimento dos direitos sociais.

Contudo, ao se analisar com mais profundidade o tema, verifica-se que essa tese não se sustenta. Por um lado, ao se examinar os direitos de primeira dimensão com mais cautela, verifica-se que eles também

---

<sup>1</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos Sociais São Exigíveis**. Tradução Luis Carlos Stephano. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011.



requerem, para a sua efetivação, que o Estado realize determinadas prestações positivas, conforme pontua Victor Abramovich:

O respeito de direitos tais como o devido processo, o acesso à justiça, o direito a casar-se, o direito de associação, o direito de eleger e ser eleito, supõe a criação das respectivas condições institucionais por parte do Estado (existência e manutenção de tribunais, estabelecimento de normas e registros que tornem juridicamente relevante a decisão nupcial ou o ato de associação, convocação e eleições, organização de um sistema de partidos políticos etc.).<sup>2</sup>

Por outro lado, ao se examinar os direitos sociais, também se percebe que eles têm uma esfera negativa, de abstenção por parte do Estado. Nesse sentido, são as lições de Ingo Sarlet:

Não se deve olvidar que também os direitos sociais prestacionais apresentam uma dimensão negativa, porquanto a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito, assim como os próprios direitos de defesa podem, consoante já ressaltado, reclamar uma conduta positiva por parte do Estado, como ocorre com determinados direitos fundamentais de cunho procedimental, alguns direitos políticos e direitos que dependem de concretização legislativa, de tal sorte que se aponta corretamente para uma interpenetração entre ambos os grupos de direitos fundamentais também no que concerne ao seu objeto.<sup>3</sup>

Logo, é imperioso reconhecer que tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais dispõem, em maior ou menor medida, de obrigações de prestação positiva e de obrigações de abstenção por parte do

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 283.

Estado<sup>4</sup>. Abramovich e Courtis concluem de forma brilhante sobre tal perspectiva: as diferenças entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro lado, são menos diferenças nas suas substâncias, e são mais diferenças quanto ao grau de implementação de suas condições básicas de aplicabilidade<sup>5</sup>.

Então qual seria a diferença prática entre os direitos individuais e os direitos sociais? A resposta não poderia ser outra: o grau ou a medida que a tutela a esses direitos depende de obrigações de fazer e de não-fazer por parte do Estado.

Assim, os direitos individuais exigiriam de forma mais acentuada, mas não de maneira exclusiva, obrigações negativas ou de não-fazer do Estado, evidenciando o seu cunho de direitos de defesa do cidadão. De outra banda, os direitos sociais exigiriam de forma mais preponderante, mas também não de maneira exclusiva, obrigações positivas ou de fazer do Estado, evidenciando a sua dimensão de direitos prestacionais<sup>6</sup>.

Atendo-se mais especificamente a esses direitos sociais prestacionais, pode-se distinguir três núcleos problemáticos básicos na busca por sua efetivação, conforme Gomes Canotilho, são eles:

- (1) ao problema dos **direitos sociais originários**, ou seja, se os particulares podem derivar directamente das normas constitucionais pretensões

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.

<sup>5</sup> Nesta obra, Abramovich e Courtis empregam as nomenclaturas mais comumente usadas no âmbito internacional, quais seriam, direitos civis e políticos para se referirem aos direitos de primeira dimensão ou direitos individuais e a expressão direitos econômicos, sociais e culturais para se referirem aos direitos de segunda dimensão ou direitos sociais. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos Sociais São Exigíveis**.

<sup>6</sup> PELÁEZ, Francisco Jose Contreras apud ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos Sociais São Exigíveis**. Tradução Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011. p. 34.

prestacionais (ex. derivar da norma consagradora do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no “direito de exigir” uma casa); (2) ao problema dos **direitos sociais derivados** que se reconduz ao direito de exigir uma actuação legislativa concretizadora das “normas constitucionais sociais” (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex: prestações médicas e hospitalares existentes); (3) ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais tem uma dimensão objectiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjectivos ou pretensões subjectivas dos indivíduos) a **políticas sociais activas** conducentes à criação de instituições (ex: hospitais, escolas), serviços (ex: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas).<sup>7</sup>

Para o jurista português, a resposta ao terceiro núcleo problemático, à luz da Constituição Portuguesa de 1976, é afirmativa;<sup>8</sup> porém, quanto aos dois primeiros, o tema é bastante discutível.

À primeira vista, deve-se reconhecer que os direitos sociais prestacionais necessitam de uma série de fatores e condições, em proporções muito maiores que as de alguns direitos de defesa, para o seu pleno desenvolvimento e gozo por parte dos cidadãos. Como ressaltou o jurista alemão Ernst-Wolfgang Böckenförde, a pretensão constitucional contida nos direitos sociais é tão genérica que não se pode deduzir diretamente dela posições jurídicas concretas apenas pela via da interpretação judicial<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 408-409. (grifos do original)

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> “La pretensión constitucional en ellos contenida es tan general que no pueden deducirse pretensiones jurídicas concretas por vía de la interpretación”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos Sobre Derechos**

Ainda, Gomes Canotilho utiliza a expressão de “pressupostos de direitos” para definir os fatores e as condições que são necessários para a realização dos direitos sociais prestacionais, observa-se:

Consideram-se **pressupostos de direitos fundamentais** a multiplicidade de factores – capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e proteção dos direitos económicos, sociais e culturais.<sup>10</sup>

Assim, para que haja uma efetiva prestação dos direitos sociais deve ser concretizado todo um suporte legislativo, com leis que regulamentem e definam as competências, destinado a assegurar e desenvolver os fatores e as condições *sine qua non* não há falar de efetividade desses direitos<sup>11</sup>.

Para além desse suporte legislativo, os direitos sociais prestacionais pressupõem um suporte administrativo e todo um aparato estatal, por meio de serviços e de instituições, com o objetivo de pôr efetivamente à disposição da comunidade os direitos sociais.

Evidencia-se, assim, outra característica que parece distinguir radicalmente os direitos sociais prestacionais dos direitos individuais: a necessidade que aqueles trazem consigo de haver normas regulamentadoras e políticas públicas voltadas a sua efetiva concretização. Isto é, o

---

**Fundamentales.** Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. 1. ed. Baden-Baden, 1993. p. 77.

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 473. (grifos nossos)

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

legislador ordinário é quem determina a dimensão e o conteúdo do âmbito de proteção dos direitos sociais, de modo que só se pode falar em efetividade dos direitos sociais quando há leis infraconstitucionais e políticas públicas que os dimensionem e os garantam<sup>12</sup>. Por isso, verifica-se que os direitos sociais detêm, além das restrições e limites jurídicos, restrições e limites fáticos. Um desses limites seria a reserva do faticamente possível (ou, simplesmente, a reserva do possível) que traduz a ideia, na qual a implementação das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos sociais depende da alocação de recursos orçamentários nessas áreas. Conseqüentemente, a medida de implementação dos direitos sociais, com maior ou menor intensidade, varia na razão direta da existência de recursos orçamentários disponíveis para a utilização sob esta rubrica<sup>13</sup>.

Ademais, pelo ideal democrático e pela noção da separação dos poderes, sabe-se que a destinação dos recursos públicos deve ser decidida pelos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, em que pese esses sejam os agentes que juridicamente detêm a competência em matéria de destinação orçamentária, o Judiciário é o Poder tipicamente responsável pela resolução dos conflitos e pela aplicação do ordenamento jurídico, em caso de conflitos. Assim, por vezes, sem o arbitramento realizado

---

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

<sup>13</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2007. p. 173.

pelo Judiciário, os direitos sociais previstos na Constituição Federal poderiam se tornar normas meramente programáticas<sup>14</sup>.

Com efeito, embora tenha importância o argumento da reserva do possível, não se pode aceitá-lo de forma incontestada e esquecer que os direitos fundamentais vinculam tanto o Estado quanto os Poderes nele constituídos. Ao não se ater a isso, poder-se-ia cair em um labirinto sem saída, de modo que os direitos sociais teriam sua eficácia amplamente restringida pelos limitadores fáticos e econômicos do mundo real. Em outras palavras, não se pode aceitar a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo de forma a restringir os direitos fundamentais, aos quais pertencem os direitos sociais, sob pena de se ver completamente inviabilizado o projeto constitucional e a valorização da dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundante desta República.

Ainda, não se pode esquecer que os direitos individuais, como vistos anteriormente, também requerem prestações positivas por parte do Estado e, nem por isso, deixam de ser exigíveis. A diferença é que as prestações positivas que os direitos individuais requerem para a sua efetivação já se encontram tão reguladas, assim como as instituições necessárias para a sua tutela já se encontram tão enraizadas em nossa cultura desde a formação do Estado liberal que, na maioria das vezes, não se dá conta da sua existência<sup>15</sup>.

---

<sup>14</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, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2013. p. 13.

<sup>15</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos Sociais São Exigíveis**. Tradução Luis Carlos Stephano. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011.

Ademais, o argumento da reserva do possível deve ser contrabalanceado com a noção de mínimo existencial e de núcleo essencial dos direitos sociais para, por meio destes, alcançar a efetiva concretização da dignidade da pessoa humana.

Assim, poder-se-ia definir o mínimo existencial, no caso do direito à saúde, como sendo as condições mínimas que devem ser asseguradas pelo Estado para que os cidadãos possam ter a sua saúde promovida, protegida e recuperada de forma a se tornar possível a fruição de seu direito à vida com uma relativa dignidade. Nesse sentido, leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzida da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.<sup>16</sup>

Isto é, o reconhecimento do direito a prestações por parte do Estado em matéria de saúde é tão importante que, conforme Gomes Canotilho, a inércia do Estado no sentido de criar as condições de efetivação deste direito pode dar lugar a uma *inconstitucionalidade por omissão*<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 325.

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 478. (grifos do original).

De mesma forma, a noção de que os direitos fundamentais detêm um núcleo essencial também seria uma restrição imposta ao poder de limitar os direitos fundamentais. Essa proteção ao núcleo essencial visaria a assegurar o conteúdo nuclear dos direitos fundamentais, sem o qual esses direitos perderiam a sua eficácia útil<sup>18</sup>. É nesse sentido que explica Gilmar Mendes ao expor que a proteção do núcleo essencial (*We-sensgehaltsgarantie*) destinar-se-ia a evitar o esvaziamento por completo do conteúdo do próprio direito fundamental impedindo restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais<sup>19</sup>. A própria ideia de núcleo essencial dos direitos sociais remete-nos a uma ideia intuitiva de um conteúdo mínimo existencial<sup>20-21</sup>, conforme destaca Ingo Sarlet:

No âmbito do direito brasileiro [...] verifica-se, em termos gerais, uma adesão – ressalvadas peculiaridades importantes – à tradição alemã de fundar o direito ao mínimo existencial tanto no direito à vida, quanto, em especial, na dignidade da pessoa humana, inclusive vinculando-o ao livre desenvolvimento da personalidade, de tal sorte que – a despeito de algumas divergências – o mínimo existencial abrange não apenas a garantia de sobrevivência física (o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo vital) quanto abarca o que se convencionou designar de um mínimo

---

<sup>18</sup> BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012. p. 77.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 39. (Grifos do original).

<sup>20</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. 2. ed.; 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011. p. 204.

<sup>21</sup> Ainda e conforme Virgílio Afonso da Silva, na mesma obra acima mencionada, mesmo que conexos os conceitos de núcleo essencial dos direitos e mínimo existencial, eles não devem ser vistos como sinônimos.



existencial sociocultural [...], incluindo, portanto o direito à educação e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais.<sup>22</sup>

Ainda, Ingo Sarlet aduz que o direito-garantia do mínimo existencial possui o significado de cláusula aberta e que, na maioria dos ordenamentos jurídicos, ela se enquadra no rol dos direitos fundamentais implícitos. Se, por um lado, é fundamental reconhecer-se que o mínimo existencial ou o conjunto de prestações indispensáveis para assegurar-lo não pode ser reduzido a um objeto fixo, tampouco a um valor pecuniário determinado; por outro lado, deve-se assumir que esse mínimo dependeria de um conjunto de fatores que abarcaria, além das condições pessoais, condições sociais, econômicas, culturais, temporais e espaciais<sup>23</sup>.

No âmbito internacional, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>24</sup> estabeleceu como obrigação derivada do mínimo existencial, no âmbito específico do direito à Saúde, que os Estados signatários devem assegurar a atenção primária básica de saúde, com garantia de acesso aos centros e serviços de saúde livre de qualquer discriminação<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 320.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

<sup>24</sup> O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi instituído em 1985 pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC) da ONU e foi reunido pela primeira vez em 1987. A função principal do Comitê é a de supervisionar a aplicação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) pelos Estados signatários.

<sup>25</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos Sociais São Exigíveis**. Tradução Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011. p. 112.

Desse modo, o mínimo existencial de um direito fundamental teria um caráter provisório e progressivo, pois atuaria como um ponto de partida em relação aos passos que devem ser dados até a plena efetividade daquele direito em questão<sup>26</sup>. Ponto de partida, porque ele seria a condição mínima aceitável de proteção social por parte do Estado. Provisório e progressivo, porque o Estado deveria providenciar a implementação de uma estrutura que leve a melhorias contínuas no padrão de proteção já alcançado<sup>27</sup>.

Nesse ponto, o mínimo existencial teria um ponto de contato com outro conceito importante e também ligado aos direitos fundamentais: o conceito de proibição do retrocesso dos níveis sociais já alcançados. Segundo as lições de Calil de Freitas, a noção de não retrocesso social seria um desdobramento lógico do Estado Democrático de Direito, ao expor que se pode concluir que esta arquitetura de Estado se caracterizaria, também, por um permanente e contínuo progresso das condições de vida da sociedade<sup>28</sup>. Complementa o Autor que:

Uma vez atingido um determinado nível sociocultural por intermédio da concretização dos direitos fundamentais, já não será compatível com a noção de Estado Democrático de Direito admitir-se o retrocesso a níveis

---

<sup>26</sup> Na tradução para o português de Luis Carlos Stephanov, o livro *Direitos Sociais são Exigíveis* (Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles) traz a expressão "níveis essenciais dos direitos" para se referir ao que chamamos neste trabalho de "mínimo existencial".

<sup>27</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos Sociais São Exigíveis**. Tradução Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011. p. 112.

<sup>28</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2007. p. 217.

inferiores, sob pena de ofender-se tanto a segurança jurídica, quanto a segurança social.<sup>29</sup>

Quanto a essa questão, expõe de modo brilhante o professor Gomes Canotilho:

Uma vez obtido um determinado grau de realização [dos direitos fundamentais], passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção 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.<sup>30</sup>

Isto é, se o legislador ordinário é quem determina a dimensão e o conteúdo dos direitos sociais, então a proibição do retrocesso configura-se como um verdadeiro limite às limitações ou restrições legislativas quando se trata de direitos fundamentais. Nesse mesmo sentido, Ingo Sarlet esclarece que o legislador não poder eliminar as posições de direitos sociais já consolidadas em legislação infraconstitucional, porque isso retiraria a eficácia jurídica já adquirida destes direitos<sup>31</sup>, adicionando que:

---

<sup>29</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2007.p. 217.

<sup>30</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 338-339. (Grifos do original)

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

Ao se admitir a ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando a fraude à Constituição.<sup>32</sup>

Ademais, é de se frisar que a proibição do retrocesso não se limitaria ao Poder Legislativo, devendo ser interpretada de forma que vincule a todos os atos e agentes do poder público, restringindo até mesmo aquelas ações do Poder Executivo que diminuam a eficácia de direito fundamentais já consolidados<sup>33</sup>. Nesse sentido, Gomes Canotilho, definindo proibição do retrocesso, leciona que:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.<sup>34</sup>

Destacadamente, a aplicação dessa proibição, portanto, deve ocorrer somente nos casos em que se eliminam posições constitucionalmente tuteladas sem a criação de medidas alternativas ou compensatórias para elas. Isso, porque, por óbvio, é defeso ao poder público substituir políticas públicas relativas aos direitos sociais por

---

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 444.

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

<sup>34</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 340.

outras que, mesmo que não tragam um avanço no seu grau de concretização, mantenham os níveis sociais já alcançados ou os tornem mais eficientes com menos custos<sup>35</sup>.

Para finalizar esse raciocínio, cumpre ressaltar que a proteção ao mínimo existencial, a proibição do retrocesso social e o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais atuam como verdadeiros limites implícitos às restrições de direitos fundamentais. Limites essas que, em que pese não sejam completamente rígidos, devem sempre ser levadas em consideração a fim de um sopesamento em eventual colisão entre direitos fundamentais.

## 2.2 O CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE E A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O constituinte, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), trouxe o direito à saúde dentro do rol dos direitos sociais fundamentais<sup>36</sup>. Já no artigo 196 da CF/88, o constituinte desenhou com mais detalhamento o direito à saúde, colocando-o como um direito dos cidadãos e um dever do Estado. Deste modo, ele deveria ser garantindo mediante um conjunto de políticas públicas voltadas à redução dos riscos de doenças, bem como por políticas de acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

<sup>36</sup> Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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" (grifou-se). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. (Grifos nossos).

<sup>37</sup> "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" (grifou-se). BRASIL. Constituição

Entretanto, permanece a seguinte indagação: o que significaria o direito à saúde e qual seria o seu núcleo essencial? Ao se pesquisar sobre a etimologia da palavra saúde, encontra-se a sua raiz latina no termo *salvus* que, além de ser uma deusa romana que personificava a segurança e o bem-estar, tanto dos indivíduos quanto do Estado<sup>38</sup>, era um termo utilizado no latim para significar o atributo dos inteiros, intactos ou íntegros<sup>39</sup>. Porém, essa simples definição etimológica não nos clarifica muito acerca do conceito atual de saúde.

Ao se olhar para a história da humanidade, desde os seus primórdios, verifica-se uma preocupação constante das pessoas com a sua saúde. Nas mais diversas sociedades primitivas, encontra-se a existência de curandeiros, xamãs, feiticeiros e sacerdotes. Todos eles buscavam, de alguma forma, a cura dos males que infringiam a saúde dos seres humanos, empregando procedimentos divinos ou até mesmo mágicos<sup>40</sup>.

Na antiga civilização grega, cunhou-se a célebre frase: *Mens sana in corpore sano*. Nesse sentido, o homem saudável era aquele que alcançava um estado de equilíbrio entre o corpo e a mente, de modo que a doença seria, justamente, a consequência de um desequilíbrio uma

---

(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. (Grifos nossos).

<sup>38</sup> SALUS. In: WIKIPEDIA. 2013. Disponível em: <<https://en.wikipedia.org/wiki/Salus>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

<sup>39</sup> BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

<sup>40</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: Efetividade em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

desmedida provocada na equação da saúde<sup>41</sup>. Na Grécia antiga, contudo, Hipócrates foi o nome mais relevante no âmbito da medicina. Ele foi o responsável por afastar a religião da ideia de saúde, construindo a ideia de que a doença tinha uma causa natural e não divina, como era comum de se pensar naquela época<sup>42</sup>.

Já os romanos não introduziram nenhuma grande inovação no conceito de saúde ou na cura de doenças. Por outro lado, em razão de seu desenvolvimento na engenharia, na administração e na organização dos sistemas sanitários, eles foram notáveis na introdução da assistência à saúde como serviço público que deveria ser prestado pelo Estado<sup>43</sup>.

Após o advento da Idade Média, o auge da preocupação pública quanto às ideias de saúde e de tratamento de doenças ocorreu com a Peste Negra, pandemia que dizimou cerca de um terço da população mundial da época<sup>44</sup>. Já com a derrocada da Idade Média e com o surgimento da modernidade, houve uma crescente preocupação em dar à saúde um tratamento sob o prisma mais racionalista<sup>45</sup>.

Com o surgimento do Iluminismo (*Aufklärung*), a ideia de saúde passa a ser considerada, ademais de um fenômeno individual, como um

---

<sup>41</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde**: Efetividade em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>42</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde**: Efetividade em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>43</sup> BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

<sup>44</sup> PESTE NEGRA. In: WIKIPÉDIA. 2013. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Peste\\_negra](http://pt.wikipedia.org/wiki/Peste_negra)>. Acesso em: 07 maio 2013.

<sup>45</sup> BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

fenômeno social de grande relevância, cuja responsabilidade por sua promoção e proteção também passa a ser atribuída ao Estado<sup>46</sup>.

Com a Revolução Industrial, passou-se a pensar na promoção à saúde sob o enfoque do capitalismo. A saúde do trabalhador deveria ser garantida, pois se ele adoecesse, não poderia trabalhar prejudicando todo o processo de produção fabril. Ademais, foi nessa época que surgiram tentativas de se explicar a doença como um defeito “na linha de montagem” do trabalhador, que precisava ser consertado (curado) pelo médico.<sup>47</sup>

Com os fatos ocorridos no século XX, incluindo-se as grandes guerras mundiais, surgiu a concepção de que a preocupação com a saúde deveria possuir pelo menos dois caracteres distintos, a saber: o caráter curativo, que agiria após a doença se instalar no corpo do paciente; e o caráter preventivo, que trataria justamente de evitar o aparecimento das patologias no paciente por meio da prestação de serviços básicos sanitários. Desse modo, verifica-se que a concepção majoritária que vigorou naquela época resumia a saúde, apenas, a uma ausência de doenças<sup>48</sup>.

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e da formulação da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, chega-se a uma definição mais ampla e atual quanto ao

---

<sup>46</sup> RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de, 2005 apud BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

<sup>47</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: Efetividade em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>48</sup> BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.



conceito de saúde. A OMS define saúde como sendo “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”<sup>49-50</sup>.

Essa definição é importante, porque rompe com as concepções anteriores que definiam a saúde simplesmente como uma ausência de doenças. Desse modo, a OMS traz de volta a ideia grega de equilíbrio entre mente e corpo, de harmonia social, ainda inovando com a introdução do bem-estar atrelado à saúde, ampliando seu conceito clássico e dando-o uma carga mais subjetiva<sup>51</sup>.

O grande problema dessa definição de saúde trazida pela OMS reside justamente na sua amplitude, com alta carga subjetiva e indeterminação conceitual. O que poderia ser entendido como um completo estado de bem-estar? O que é perfeito bem-estar para um indivíduo pode não ser para o outro? E mais, esse perfeito e completo estado de bem-estar realmente existiria?<sup>52</sup>.

Para Antonio Yepes Parra, a saúde deve ser vista como um processo dinâmico, um fenômeno holístico, que não poderia ser definido de forma estática e permanente<sup>53</sup>. Nesse mesmo sentido, são as lições de

---

<sup>49</sup> “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.” (Tradução nossa).

<sup>50</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Constituição (1946). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Nova Iorque, EUA: ONU. Disponível em: <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2013.

<sup>51</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: Efetividade em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36.

<sup>52</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: Efetividade em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36.

<sup>53</sup> “La salud es un proceso dinámico, es un fenómeno holístico, por lo tanto, no pueden darse definiciones estáticas, permanentes”. PARRA, Antonio Yepes. El Derecho a la Salud: La Necesidad de Repensar los Derechos Sociales. **Revista Cubana de Salud Pública**, Ciudad de La Habana, v.25, n.2, jul./dic. 1999.

Ingo Sarlet e Carlos Alberto Molinaro, expondo que o conceito de saúde envolve componentes subjetivos que dificilmente são avaliáveis como bem-estar e qualidade de vida:

[Há] uma abertura conceitual no termo saúde, ensejando a integração de outros elementos, ou posições jurídicas, que não somente a proteção e promoção da saúde física do indivíduo, mas também os aspectos relacionados à proteção do meio ambiente, o direito à educação, o direito à moradia, o direito ao saneamento básico, direito ao trabalho e à saúde no trabalho, o direito a seguridade social, o direito à saúde psíquica, a garantia de morte digna, direito à informação sobre o estado de saúde, direito à assistência social e de acesso aos serviços médicos, dentro outros.<sup>54</sup>

Se difícil foi, e continua sendo até os dias atuais, a tarefa de definição do conceito de saúde, por outro lado, fácil é de se perceber a sua íntima ligação com os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana – esta, um dos pilares basilares do Brasil enquanto República Federativa<sup>55</sup>.

Em função dessa alta complexidade que envolve a definição de saúde e do direito à saúde propriamente dito, adotar-se-á para os fins jurídicos aqui propostos, portanto, a definição de saúde cunhada pelo médico Victor Currea-Lugo, qual seja:

---

Disponível em: <[http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0864-34661999000200002](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34661999000200002)>. Acesso em: 11 maio 2013.

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia:** Separação de Poderes. Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário Brasileiro: Observatório do Direito à Saúde. Porto Alegre: FAFICH, 2011. p. 30.

<sup>55</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: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. (Grifos nossos).

Definimos o bem jurídico saúde como: <uma equilibrada e adequada condição dinâmica da natureza biológica da pessoa, objetivamente comprovável, moralmente aceitável (enquanto socialmente consensuada), que se poderia manter em certas condições, vulneráveis a certos fatores, e potencialmente garantível e/ou recuperável mediante o uso de uma determinada técnica, e enquanto tal, exigível juridicamente>.<sup>56</sup>

Dessa definição do médico colombiano-espanhol Currea-Lugo, pode-se extrair aspectos importantes para a efetivação do direito à saúde, tal como: que a saúde deve ser objetivamente comprovável, pois, em não se podendo comprovar que determinado indivíduo está ou é saudável, não se poderia garantir a sua saúde. Ademais, a saúde deve ser vista como uma condição biológica socialmente consensuada, pois sendo uma condição dinâmica, dependeria da ideia que a sociedade detém em determinada época sobre o que é saudável ou não. Outro ponto importante é a ideia de que a saúde seria passível de ser garantida e recuperável por meio do emprego de uma determinada técnica científica ou procedimento médico.

### **2.3 O DIREITO À SAÚDE DELINEADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Como visto, o direito à saúde encontra-se estruturado na normativa pátria em diversos artigos do texto constitucional. A primeira menção expressa ao direito à saúde na Constituição Federal de 1988 encontra-se em seu título II, que disciplina a matéria relativa aos direitos e garantias fundamentais e, mais especificamente, dentro do capítulo

---

<sup>56</sup> CURREA-LUGO, Victor apud BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

II, intitulado “Dos Direitos Sociais”. No art. 6º, o constituinte definiu a saúde como um direito social ao colocá-lo como um direito fundamental do ordenamento jurídico brasileiro<sup>57</sup>.

Assim, o Constituinte reconheceu que não há falar em direito à saúde sem o vincular à dignidade da pessoa humana. Ademais, não há como olvidar que o direito à saúde se encontra, também, intimamente ligado ao direito à vida e à integridade física (corporal e psicológica), posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível<sup>58</sup>.

Dessa forma, é mister reconhecer que a saúde é um bem fortemente marcado pela interdependência com outros bens jurídicos tutelados e direitos fundamentais. Assim, ela detêm, em seu âmbito de proteção, zonas de sobreposição que também são protegidas autonomamente por outros direitos, como é o caso dos já referidos direitos à vida e à integridade física, além dos direitos à alimentação, educação, meio ambiente ecologicamente equilibrado, moradia, trabalho, dentre outros<sup>59</sup>.

Já no título VIII da nossa Carta Magna, intitulado “Da Ordem Social”, encontra-se a seção II, na qual se disciplina de forma mais

---

<sup>57</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 323.

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

específica como se dará a proteção constitucional do direito à saúde. O artigo que abre esta seção é o art. 196, em que se preceitua:

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>60</sup>

Conforme Ingo Sarlet, basta uma leitura superficial desse artigo e dos seguintes para se perceber que a forma de positivação utilizada pelo constituinte foi tanto a de uma norma definidora de direito como a de uma norma de cunho programático. O que não exclui em absoluto reconhecer que este tipo de norma pode, também, outorgar diretamente direitos subjetivos de cunho prestacional aos cidadãos<sup>61</sup>.

Nota-se, ainda, que o próprio texto do artigo define a forma pela qual se dará a garantia do direito à saúde, notadamente mediante políticas públicas de cunho social e econômico. Assim, essas políticas devem ter como objetivos dois pontos específicos: a redução do risco de doenças e outros agravos, e o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde a todos os membros da comunidade.

Relativamente à redução do risco de doenças e de outros agravos, ressalta Germano Schwartz que sobeja cristalina e juridicamente comprovada a conexão do risco à saúde com o direito à saúde. Isto é, a

---

<sup>60</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>61</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

expressão risco de doenças e outros agravos está intimamente ligada a uma ideia preventiva de saúde<sup>62</sup>.

Por outro lado, a garantia de acesso universal e igualitário às ações e serviços em matéria de saúde carrega a ideia de universalidade incorporada ao modelo de sistema de saúde adotado em solo brasileiro. Ou seja, deve ser assegurado a todos o acesso às ações e serviços de saúde, independentemente de qualquer condição do cidadão, pois deve ser atendido o princípio da igualdade e da isonomia<sup>63</sup>.

Ainda na inteligência do art. 196 da CF/88, verifica-se que o Estado deve atuar visando a atender três aspectos distintos do direito à saúde: a promoção, a proteção e a recuperação. Nota-se nesse trecho, que o constituinte se filiou ao entendimento da OMS no aspecto de que a saúde não deve ser considerada apenas como uma ausência de doenças, mas que devem ser considerados, também, os aspectos de bem-estar e de qualidade de vida<sup>64</sup>.

Quanto à noção de promoção da saúde, o constituinte delineou todo um conjunto de ações e serviços, cujas finalidades precípua são a de propiciar uma vida saudável, digna e com qualidade de vida a todos, de modo a evidenciar, assim, um vínculo da saúde com a qualidade de vida

---

<sup>62</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde**: Efetividade em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98.

<sup>63</sup> BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012. p. 95.

<sup>64</sup> "Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity" (Tradução nossa). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Constituição (1946). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Nova Iorque, EUA: ONU. Disponível em: <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2013.

e o bem-estar social<sup>65</sup>. Por isso, as ações estatais devem entender a saúde não só como uma busca pela cura e pela prevenção de doenças, mas também deve levar em conta a ideia da saúde como um processo dinâmico que se constrói e que se modifica ao longo do tempo, sofrendo influência de todos os demais sistemas sociais<sup>66</sup>.

Relativamente à ideia de proteção da saúde, tem-se a atuação sanitária que deve estar presente no momento anterior ao da instalação da doença, numa autêntica atuação preventiva do Estado, evitando a proliferação de patologias. As campanhas de vacinação e de conscientização da importância da higiene pessoal são exemplos, dentre tantos outros, dessa atuação.

E, por fim, tem-se a noção de recuperação da saúde, que é a ideia de saúde enquanto medida curativa, em que o Estado atuaria após a patologia ser verificada e com o intuito de restabelecer uma saúde já prejudicada. Como exemplos dessa atuação tem-se as internações, as operações cirúrgicas e o fornecimento de medicamentos.

Já ao se analisar o artigo 197 da CF/88, o constituinte estabeleceu que a regulamentação, a fiscalização e o controle dos serviços de saúde serão realizados pelo poder público, haja vista a sua relevância pública, ainda que se possa ter, na sua execução, a atividade de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012. p. 95.

<sup>66</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde**: Efetividade em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98.

<sup>67</sup> "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". BRASIL.

Outro aspecto importante a se ressaltar quanto à regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde é a competência concorrente de todos os entes da federação. Nesse sentido também são as lições de Bianchi:

Nesse sistema de competência legislativa concorrente, incube à União legislar sobre as normas gerais, nos exatos termos do § 1º do art. 24 da Constituição Federal, enquanto que aos Estados-membros fica garantida a possibilidade de suplementar a legislação da União, adaptando-a e especificando-a, em consonância com o § 2º do art. 24 da Carta Magna. Cabe, por fim, aos Municípios, nos termos dos inc. I e II do art. 30 da Constituição Federal, legislar sobre a saúde no interesse local, além de poder suplementar a legislação federal e estadual sempre que esse interesse local o exigir.<sup>68</sup>

Já no artigo 198 da Constituição, institui-se o Sistema Único de Saúde (SUS), fixando-se as suas principais diretrizes, bem como a sua forma de financiamento. Nesse sentido, o constituinte destacou que o SUS deve ter uma rede regionalizada e hierarquizada, atuando-se de maneira descentralizada, visando ao atendimento integral e com a participação da comunidade na sua gestão<sup>69</sup>.

Por meio desse artigo, pode-se evidenciar que o SUS se baseia em uma rede de ações e serviços de saúde que atua de modo regionalizada

---

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>68</sup> BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012. p. 96-97.

<sup>69</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". BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.



e hierarquizada. Para Bianchi, a regionalização do SUS contempla um verdadeiro sentido de cooperação entre os entes federativos, na busca de uma almejada eficiência em matéria de ações e serviços de saúde<sup>70</sup>.

Já a hierarquização do SUS nada mais seria que um termo técnico do setor sanitário utilizado para significar que a divisão deve ser dada em níveis crescentes de complexidade. Isso quer dizer que os pacientes devem ser atendidos primeiramente nas unidades básicas de saúde dos bairros – atenção básica ou primária. Caso se necessite de cuidados de média complexidade, então, os pacientes devem ser encaminhados às unidades de pronto atendimento ou aos hospitais gerais – nível intermediário ou secundário. Por fim, se a complexidade do tratamento assim o exigir, os pacientes devem ser encaminhados às emergências dos grandes centros hospitalares de alta complexidade – nível terciário de atenção à saúde<sup>71</sup>.

Quanto aos parágrafos do artigo 198, tratam-se essencialmente da forma como se dará o financiamento do SUS entre os entes federativos. Já os artigos 199 e 200 da CF/88 disciplinam, respectivamente, a participação da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde e estabelecem as atribuições que competem ao Sistema Único de Saúde<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012. p. 97.

<sup>71</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde: Efetividade em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 98.

<sup>72</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 e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015) VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional,

Convém ressaltar, ainda, a existência de leis infraconstitucionais que disciplinam aspectos importantes do direito à saúde e do SUS. Pela sua importância no que diz ao tema objeto de estudo deste trabalho, destaca-se o artigo 2º da Lei Federal nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), que disciplina o seguinte:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

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

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.<sup>73</sup>

Esse artigo, em seu parágrafo 1º, apenas parafraseia o que já constava na Constituição Federal. Contudo, no seu caput, temos uma ideia nova, não trazida pela CF/88, qual seja, a noção de que o Estado deve prover as condições básicas e indispensáveis ao exercício do direito à saúde. Nesse sentido, destaca Marcos Maselli Gouvêa:

Não pode ser ignorada, que a tarefa do Estado, embora ampla, não transborda, em princípio, do *munus* de proporcionar as condições indispensáveis ao exercício do direito à saúde. Portanto, quando se analisa o âmbito deste

---

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". BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>73</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 20 set. 1990.

direito, deve-se ter em mente que a ação exigível do Estado é a ação indispensável, e não toda e qualquer ação excogitável, de eficácia discutível, ditada por voluntarismo indesejado que, mobilizando recursos, faz periclitatar a necessária universalização da medida.<sup>74</sup>

Após a análise das disposições constitucionais e, em uma pequena medida, nas disposições infraconstitucionais relativas ao direito à saúde, volta-se à questão sobre os núcleos problemáticos básicos na busca pela efetivação dos direitos sociais prestacionais suscitados por Gomes Canotilho, quais sejam: (i) se os cidadãos poderiam exigir diretamente do Estado prestações positivas no sentido do fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos; e (ii) se poder-se-ia exigir uma atuação legislativa no sentido de concretizar as normas constitucionais relativas ao direito à saúde, sob pena de se configurar uma omissão inconstitucional<sup>75</sup>.

Questões essas, as quais tentar-se-á responder no próximo capítulo, baseando-se em decisões recentes proferidas tanto no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) quanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

---

<sup>74</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 370, p. 103-134, 2003. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id507.htm>>. Acesso em: 13 maio 2013.

<sup>75</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 408-409. (Grifos do original)

# 3

## O DEVER ESTATAL DE FORNECER MEDICAMENTOS NA JURISPRUDÊNCIA

### 3.1 UMA BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIAS NO TJRS

Neste capítulo, analisa-se o direito à saúde com vistas aos julgamentos e decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) e do Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, verifica-se que, nas diversas decisões judiciais que abordam o tema da saúde, os fundamentos esgrimidos pelas cortes julgadoras giram em torno dos elementos abordados nos capítulos anteriores deste trabalho. Inicia-se, então, pela seguinte decisão monocrática no âmbito do TJRS:

A Constituição da República prevê o dever de prestar os serviços de saúde de forma solidária aos entes federativos, de modo que qualquer deles tem legitimidade para responder às demandas que visam ao fornecimento gratuito de medicamento, exame ou procedimento. A divisão de competências no âmbito da gestão interna do Sistema Único de Saúde não é oponível ao particular. Precedentes do STJ.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há cerceamento de defesa quando o juiz indefere ou não aprecia expressamente requerimento de produção de prova pericial, contanto que a parte autora junte documentos (laudos, exames ou atestados idôneos) demonstrando a sua enfermidade, bem como a necessidade do medicamento específico, e a contestação não os infirme de forma específica e fundamentada.

ACESSO À SAÚDE. PROTEÇÃO SUFICIENTE.

O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas que o concretizam devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, sendo passíveis

de revisão judicial, sem que isso implique ofensa aos princípios da divisão de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade.

**SUBSTITUIÇÃO DO MEDICAMENTO. INVIABILIDADE.**

Impossibilidade de substituição do medicamento prescrito por médico vinculado à Secretaria de Saúde que assiste a parte autora e não ressalva tal possibilidade<sup>1</sup>.

Ao se analisar esta decisão, verifica-se que o Estado-membro alegou como obstáculo ao fornecimento do fármaco pleiteado pela parte autora justamente a regionalização e hierarquização do SUS prevista no art. 198 da CF/88. Nesse sentido, foi alegado que, ainda que houvesse o dever amplo do poder público em prestar medicamentos, essa obrigação não caberia ao Estado-membro, e sim à União; pois, este seria o ente estatal ilegítimo para figurar no polo passivo da demanda.

Conforme a decisão do TJRS, deve-se considerar que, mesmo a Constituição não trazendo de forma expressa que os entes federados são solidários no dever de prestar medicamentos, a solidariedade deve ser entendida como decorrência lógica da competência comum dos entes em matéria de proteção à saúde. Isso, porque o constituinte e o legislador ordinário estabeleceram como competência comum dos entes federados zelar pela saúde<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (22ª Câmara Cível). Decisão Monocrática. **Apelação Reexame Necessário nº 70054167903**. Apelantes: Estado do Rio Grande do Sul e Município de Montenegro. Apelado: Ministério Público. Apresentante: Eduardo Kraemer. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 18 maio 2013. (Grifos do original).

<sup>2</sup> Conforme o art. 23, inciso II da CF/88: “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”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Essa linha de posicionamento também é sustentada na decisão supra quando expõe que a distribuição de competências internas no Sistema Único de Saúde, prevista pela Lei n. 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), não tem o condão de afastar a responsabilidade solidária dos entes públicos. Assim, não haveria falar de ilegitimidade passiva de qualquer ente federado<sup>3</sup>.

Outra tese defendida nessa decisão é que a determinação de fornecimento de medicamentos imposta judicialmente ao Estado não importa em ofensa à noção de separação dos poderes, tampouco à ideia da reserva do possível. Veja-se:

Incumbe ao Poder Judiciário determinar o cumprimento das prestações contidas nas políticas públicas que garantam acesso universal e igualitário aos serviços criados para atender ao dever do Estado e, também, realizar o exame da suficiência da política pública para assegurar o conteúdo mínimo de proteção que o princípio constante no direito fundamental de acesso à saúde exige.<sup>4</sup>

Desse modo, verifica-se que, quando há uma completa omissão do Estado ou, mesmo, uma ineficácia parcial na execução de políticas públicas voltadas à concretização de direitos humanos e fundamentais, não há porque não ser lícita a atuação judicial no sentido de assegurar tais direitos. Por fim, a decisão negou provimento à apelação interposta pelos entes federados.

---

<sup>3</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (22ª Câmara Cível). Decisão Monocrática. **Apelação Reexame Necessário nº 70054167903**. Apelantes: Estado do Rio Grande do Sul e Município de Montenegro. Apelado: Ministério Público. Apresentante: Eduardo Kraemer. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 18 maio 2013.

<sup>4</sup> Ibidem.

## Na mesma linha de argumentação é o seguinte acórdão:

Responsabilidade solidária. Cumpre tanto à União, quanto ao Estado e ao Município, modo solidário, à luz do disposto nos artigos 196 e 23, II da Constituição Federal de 1988, o fornecimento de medicamentos a quem deles necessita, mas não pode arcar com os pesados custos. A ação poderá ser proposta contra um ou contra outro, ou, ainda, contra Estado e Município, pois todos os entes federativos têm responsabilidade acerca da saúde pública. Responsabilidade solidária dos entes federativos ainda que determinado fármaco não integre as listagens do SUS. [...]

Autoaplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal. Postulado constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. O direito à saúde é garantia fundamental, prevista no art. 6º, *caput*, da Carta, com aplicação imediata, leia-se, § 1º, do art. 5º, da mesma Constituição, e não um direito meramente programático. [...]

A despeito da alegação do Estado de que há violação ao poder discricionário da Administração Pública, em que pese não se possa desconsiderar a conveniência e oportunidade, de forma a relegar qualquer interferência judicial, pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, a violação de direitos fundamentais, sobretudo a uma existência digna, haja vista a inércia do Poder Executivo, legitima o controle judicial. [...]

O princípio da reserva do possível não se aplica quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana, consagrado na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). [...]

Em sendo dever do ente público a garantia da saúde física e mental dos indivíduos e, em restando comprovado nos autos a necessidade da parte requerente de fazer uso dos medicamentos descritos na inicial, imperiosa a procedência do pedido para que o ente público os custeie. Exegese que se faz do disposto nos artigos 196, 200 e 241, X, da Constituição Federal, e Lei nº 9.908/93. [...] É de preservação do núcleo essencial do que se trata. [...]

É possível que seja fornecido medicamento na forma da Denominação Comum Brasileira, desde que na mesma quantidade e dosagem prescritas e

com base no princípio ativo do postulado na inicial, à exceção de que a prescrição médica afaste, por fundadas razões, o fornecimento genérico dos fármacos<sup>5</sup>.

Como se verifica, inicialmente a decisão também enfrenta as questões atinentes à legitimidade passiva dos entes federados em fornecer determinados medicamentos e à solidariedade que decorre da competência comum entre os entes federados. Após, a decisão aborda a questão da eficácia e da autoaplicabilidade do direito à saúde, pois como se viu nos capítulos precedentes, por se tratar de direito humano e fundamental, o direito à saúde possui uma eficácia diferenciada das demais normas constitucionais. Nunca é inoportuno lembrar das lições de Robert Alexy quanto à teoria dos princípios, a qual aduz que os princípios são mandamentos de otimização, ordenando ao Estado que o direito à saúde deva ser satisfeito na maior medida possível, respeitando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes<sup>6</sup>.

Outro aspecto importante abordado nesse acórdão, do qual não se havia, ainda, tratado no presente trabalho, é a questão de que para o cidadão ter o direito subjetivo à prestação positiva de medicamentos por parte do Estado, seria necessária que houvesse a comprovação da enfermidade, bem como da necessidade do tratamento indicado e da falta de recursos para custeá-lo<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (1ª Câmara Cível). Acórdão. **Agravo nº 70052569126**. Apelante: Município de Caxias do Sul. Apelado: Cleusa Aparecida de Souza. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 18 maio 2013. (Grifos do original).

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011.

<sup>7</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (1ª Câmara Cível). Acórdão. **Agravo nº 70052569126**. Apelante: Município de Caxias do Sul. Apelado: Cleusa Aparecida de Souza.



A comprovação da enfermidade e da necessidade de determinado medicamento costuma ser facilmente comprovável por meio de um laudo ou de uma prescrição médica que indique a enfermidade que acomete o cidadão e prescreva o tratamento mais adequado. A comprovação de que o cidadão não possui meios próprios para custear este tratamento sem que comprometa a sua dignidade e o sustento familiar costuma ser avaliado por meio de um comprovante de rendimentos ou pelo imposto de renda.

Seguindo a argumentação exposta na decisão, ressalta-se a evidente ligação que o direito à saúde possui com os demais direitos humanos e fundamentais. Nesse sentido, o direito à saúde encontrar-se-ia não só inserido no direito à vida, mas também incorporado junto à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito<sup>8</sup>.

Quanto aos argumentos da separação dos poderes e da não interferência do Poder Judiciário na discricionariedade da Administração Pública – normalmente utilizados pelos Estados e pelos Municípios como formas de defesa –, ressalta-se na decisão que mesmo os princípios da separação dos poderes e da discricionariedade do Agente Público encontrariam limites, quais sejam: os direitos humanos e fundamentais. De acordo com a decisão, a violação de direitos fundamentais,

---

Relator: Carlos Roberto Lofego Caníbal. p. 11. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 18 maio 2013.

<sup>8</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (1ª Câmara Cível). Acórdão. **Agravo nº 70052569126**. Apelante: Município de Caxias do Sul. Apelado: Cleusa Aparecida de Souza. Relator: Carlos Roberto Lofego Caníbal. p. 13. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 18 maio 2013.

sobretudo o direito a uma existência digna, por omissão ou inércia do Poder Executivo, legitimaria, sim, o controle judicial da administração pública<sup>9</sup>. Complementa-se:

Com efeito, o poder discricionário da Administração Pública não é absoluto, na medida em que pode-deve o Poder Judiciário rever os atos praticados pelo administrador. Não se permite que o juiz, por certo, substitua o administrador, mas, sem dúvida, que possa exercer um controle efetivo da discricionariedade administrativa.<sup>10</sup>

Conforme se verifica nesse excerto, o Judiciário pode e deve fiscalizar os atos administrativos do Executivo. E esse controle jurisdicional da atividade administrativa deve se dar em dois aspectos distintos: o formal e o material. Por meio do controle formal, o judiciário verifica se foi observado o procedimento correto para a realização de determinados atos administrativos. Por meio do controle material, o judiciário deve declarar ilegais aqueles atos administrativos que são desproporcionais as suas finalidades ou que vão frontalmente de encontro aos direitos humanos e fundamentais.

Deve-se ressaltar, por certo, que o poder judiciário também possui os seus limites de atuação na sindicabilidade dos atos administrativos e que esse poder-dever não o autoriza a substituir o administrador em

---

<sup>9</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (1ª Câmara Cível). Acórdão. **Agravo nº 70052569126**. Apelante: Município de Caxias do Sul. Apelado: Cleusa Aparecida de Souza. Relator: Carlos Roberto Lofego Caníbal. p. 16. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 18 maio 2013.

<sup>10</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (1ª Câmara Cível). Acórdão. **Agravo nº 70052569126**. Apelante: Município de Caxias do Sul. Apelado: Cleusa Aparecida de Souza. Relator: Carlos Roberto Lofego Caníbal. p. 18. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 18 maio 2013.

suas funções de criar e de implementar políticas públicas, substituindo a discricionariedade do administrador pela do juiz.

Seguindo-se com a decisão do TJRS, constata-se que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais se destinaria a evitar o esvaziamento, por completo, do conteúdo dos direitos fundamentais decorrente de restrições descabidas, desnecessárias ou, ainda, desproporcionais<sup>11</sup>.

Por fim, a decisão ressalta que os medicamentos pleiteados pela via judicial devem ser fornecidos conforme a sua Denominação Comum Brasileira (DCB), a menos que a prescrição médica contenha determinação expressa de fornecimento do medicamento exclusivamente pelo nome comercial<sup>12</sup>. Por DCB, tem-se as nomenclaturas dos fármacos ou dos princípios farmacologicamente ativos aprovadas pelo órgão federal responsável pela vigilância sanitária.<sup>13</sup>

Conforme Bianchi, a determinação judicial de fornecimento de medicamentos por parte do Estado deve, sempre que possível, adotar a DCB, pois assim permite-se ao SUS um maior leque de opções quando da aquisição do fármaco junto à iniciativa privada, inclusive com a

---

<sup>11</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (1ª Câmara Cível). Acórdão. **Agravo nº 70052569126**. Apelante: Município de Caxias do Sul. Apelado: Cleusa Aparecida de Souza. Relator: Carlos Roberto Lofego Caníbal. p. 24. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 18 maio 2013.

<sup>12</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (1ª Câmara Cível). Acórdão. **Agravo nº 70052569126**. Apelante: Município de Caxias do Sul. Apelado: Cleusa Aparecida de Souza. Relator: Carlos Roberto Lofego Caníbal. p. 24. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 18 maio 2013.

<sup>13</sup> BRASIL. Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999. Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 11 fev. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19787.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19787.htm)>. Acesso em: 19 maio 2013.

compra de medicamentos genéricos. Segundo o autor, essa medida permitiria a obtenção de fármacos por menores preços sem, contudo, prejudicar a sua eficácia terapêutica<sup>14</sup>.

### 3.2 UMA BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIAS NO STF

Ao se analisar o direito fundamental à saúde e o dever de fornecimento de medicamentos à vista da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ir-se-á abordar a decisão paradigmática proferida no Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 perante sessão do Tribunal Pleno e sob a presidência do ministro relator Gilmar Mendes:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde Pública. **Direitos fundamentais sociais**. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. **Judicialização do direito à saúde**. Separação de poderes. **Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde**. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. **Fornecimento de medicamento**: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. **Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas**. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>15</sup>

Nesse acórdão, o Ministro Gilmar Mendes inicia o seu voto se questionando quanto ao âmbito de proteção do direito à saúde:

---

<sup>14</sup> BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012. p. 182.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. p. 1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013.

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar “mínimo existencial” e “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*).<sup>16</sup>

Após, o Ministro segue seu voto defendendo que o critério da proporcionalidade revela que não haveria apenas uma dimensão de proibição de excesso de restrição aos direitos fundamentais, mas também uma dimensão de proibição de proteção insuficiente desses direitos. Ademais, ressalta que todos os direitos humanos e fundamentais teriam tanto aspectos de direitos de defesa quanto de direitos prestacionais, embora os aspectos prestacionais gerassem mais custos para o Estado, sendo bastante evidentes no caso dos direitos sociais, como é o direito à saúde<sup>17</sup>.

Desse modo, o Ministro esgrime argumentos, por um lado, aduzindo que o Judiciário estaria mais bem equipado para jurisdicionar no caso em concreto, na *microjustiça* do dia a dia, de maneira que teria dificuldades em analisar as consequências globais envolvidas no planejamento e na execução de políticas públicas. Por outro lado, argumenta que a proteção do mínimo existencial dos direitos sociais é

---

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. p. 9. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013.

<sup>17</sup> Ibidem.

indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana e, por isso, não poderia deixar de ser objeto da apreciação judicial<sup>18</sup>.

Ao se fazer uma análise da normativa prevista no art. 196, Gilmar Mendes destaca que é possível identificar tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde, expondo que:

Esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas públicas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.<sup>19</sup>

Ainda, ele aduz que a garantia judicial da prestação individual do direito à saúde, *prima facie*, dependeria do binômio razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira de recursos do Estado<sup>20</sup>.

Seguindo no seu voto, o Ministro defende que a norma constitucional deixa claro que, para além de um direito fundamental à saúde, há,

---

<sup>18</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013.

<sup>19</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013. p. 16.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013.

também, um dever fundamental de prestação de ações de saúde por parte do Estado, e aqui incluídos todos os entes federados<sup>21</sup>.

Ademais, ele frisou que a responsabilidade entre os entes da federação só poderia ser solidária, conforme exegese do art. 23, inciso II da CF/88<sup>22</sup>. Fato esse que nem mesmo a descentralização prevista no âmbito do SUS, por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada como previsto no art. 198 da CF/88, tem o condão de afastar. Assim, o Ministro deixa evidente que a separação de competências do SUS possui apenas um caráter interno, entre os entes que o integram, não podendo produzir efeitos externos e ser oposto ao cidadão como barreira à efetivação de seu direito fundamental à saúde<sup>23</sup>.

Quanta ao tema da separação dos poderes e da interferência do Judiciário nos demais Poderes, o ministro expõe que, no caso do direito à saúde, não são comuns decisões judiciais que criem ou implementem novas políticas públicas, ou, ainda, que interfiram no aspecto da amplo da discricionariedade da Administração Pública para planejar ou executar políticas públicas. O que sói ocorrer são decisões proferidas pela

---

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. p. 17. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013.

<sup>22</sup> Conforme o art. 23, inciso II da CF/88: “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”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. p. 17. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013.

atividade jurisdicional do Estado que determinam à Administração Pública o efetivo cumprimento das políticas públicas já existentes. Desse modo, não há falar em interferência do Judiciário em competências dos demais Poderes estatais, apenas determinações de que se faça cumprir o que já está previsto em lei<sup>24</sup>.

Então, o Min. Gilmar Mendes estabeleceu que o primeiro passo a ser dado na busca de uma prestação positiva de medicamentos seria a verificação da existência de política estatal, no âmbito do SUS, que abranja a prestação de saúde pleiteada pelo cidadão. Se verificada a existência de política pública que abranja a prestação pleiteada pelo cidadão, não haveria dúvidas quanto à existência de um direito subjetivo que ampare essa pretensão:

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.<sup>25</sup>

Por outro lado, se essa prestação de saúde não estiver entre as políticas públicas previstas pelo SUS, deve-se verificar em qual destes casos pode ser encaixada a situação do cidadão que demandou o Judiciário: se a não-prestação de medicamento ou tratamento decorre de (i) uma omissão legislativa ou administrativa; (ii) de uma decisão

---

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes.

<sup>25</sup> Idem.



administrativa de não os fornecer; ou (iii) de uma vedação legal a sua dispensação<sup>26</sup>.

Em sequência, destacou o Ministro que o registro dos medicamentos pleiteados na Agência Vigilância Sanitária (ANVISA) é uma condição necessária para se atestar a segurança e o benefício dos medicamentos e tratamentos, sendo uma garantia à saúde pública. Assim, o registro de determinado medicamento na ANVISA é o primeiro requisito para que o SUS possa considerar a sua incorporação e distribuição aos cidadãos, sendo a ausência desse registro uma verdadeira vedação legal ao fornecimento de medicamentos pelo poder público<sup>27</sup>.

Ademais, se a ausência, no âmbito do SUS, de uma política pública de distribuição de determinado fármaco for por causa da inexistência de evidências científicas suficientes para justificar a sua inclusão no rol, deve-se verificar se há tratamento alternativo custeado pelo SUS ou se realmente não há nenhum tratamento no SUS para aquele tipo de patologia. Se houver tratamento alternativo custeado pelo SUS, este deve ser privilegiado em detrimento de opção diversa pleiteada pelo cidadão<sup>28</sup>.

Situação diferente ocorreria nos casos de inexistência de tratamento na rede pública. Conforme o Ministro, em tais casos é preciso que se diferencie os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos cientificamente comprovados, mas que ainda não foram

---

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013.

incorporados pelo sistema de saúde brasileiro. No caso dos tratamentos puramente experimentais, por carecerem de eficácia comprovada e não estarem devidamente aprovados pela comunidade científica, não pareceria ser razoável a imposição de custeio destes por parte do Estado<sup>29</sup>.

De outra forma, é o caso dos novos tratamentos, que já passaram da sua fase experimental e foram devidamente aprovados quanto à sua eficácia pela comunidade científica internacional. Esses tratamentos – que já são disponibilizados pela iniciativa privada, mas que ainda não foram introduzidos nos Protocolos Clínicos e nas Diretrizes Terapêuticas do SUS por demoras administrativas –, podem e devem ser objetos de demanda judicial, não havendo óbices à decisão judicial que determine o seu fornecimento ao cidadão. Assim, após colacionar outras jurisprudências e doutrinas, o Ministro Gilmar Mendes encerrou o seu voto por negar provimento ao agravo regimental interposto pela União<sup>30</sup>.

Ainda nessa decisão em sede de agravo regimental na STA nº 175, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, defendeu que o Administrador Público estaria vinculado à Constituição e que, ao deixar de estabelecer políticas públicas que vão ao encontro do estipulado pela Lei Fundamental, incorreria em inconstitucionalidade por omissão, caso em que o Judiciário estaria legitimado a atuar; veja-se:

**Isso significa** que a intervenção jurisdicional, **justificada** pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, **tornar-se-á plenamente legítima** (**sem** qualquer ofensa, portanto,

---

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> Idem.

ao postulado da separação dos poderes), **sempre que se impuser**, nesse processo de ponderação de interesses **e** de valores em conflito, **a necessidade** de fazer prevalecer a *decisão política fundamental* que o legislador constituinte **adotou** em tema de respeito **e** de proteção ao direito à saúde.<sup>31</sup>

Ademais, o Min. Celso de Mello destacou a observação da Procuradoria-Geral da República, no que tange à limitada discricionariedade do administrado público e a sua vinculação à Constituição:

O **administrador público está vinculado à Constituição** e às normas infra-constitucionais **para a implementação** das políticas públicas **relativas** à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.<sup>32</sup>

E mais:

**O administrador não tem discricionariedade** para deliberar sobre a oportunidade e conveniência **de implementação** de políticas públicas **discriminadas** na ordem social constitucional, **pois tal restou deliberado pelo Constituinte** e pelo legislador que elaborou as normas de integração.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. p. 42. (Grifos do original).

<sup>32</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca apud MELLO FILHO, José Celso de. In: BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. p. 43. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013. (Grifos do original).

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. p. 43. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013. (Grifos do original).

Ademais, seguiu o Min. Celso de Mello aduzindo que, embora a cláusula de reserva do possível não pudesse ser completamente desprezada, também não poderia o Estado se furtar de seus deveres constitucionais. Isto é, o Estado não pode criar obstáculos artificiais a partir de uma indevida manipulação de sua atividade financeiro-orçamentária<sup>34</sup> com o intuito de frustrar e inviabilizar o estabelecimento de condições mínimas de usufruto dos direitos sociais; como se vê:

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, **dolosamente**, 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>35</sup>

Ressalta, ainda, o Ministro que, ante a proteção do direito à vida e à saúde e o interesse financeiro-orçamentário do Estado, há apenas uma, e só uma, opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas<sup>36</sup>.

Ademais, o Ministro Celso de Mello discorreu sobre a proibição do retrocesso social. Ele a define como uma cláusula que traduz verdadeira dimensão negativa que impediria a redução ou supressão, por parte do

---

<sup>34</sup> Ibidem, p. 44. (Grifos do original).

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. p. 45. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013. (Grifos do original).

<sup>36</sup> Ibidem.

Estado, dos patamares já alcançados pelas políticas públicas atinentes aos direitos sociais, sem que haja uma substituição por uma proteção equivalente com medidas compensatórias<sup>37</sup>.

Por fim, o Ministro Celso de Mello destaca que a ineficiência administrativa, o descaso governamental, a incapacidade de gerir recursos públicos, a falta de visão política e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização dos ditames da Carta Magna não devem representar obstáculos à concretização do direito à saúde insculpido no art. 196 da CF/88<sup>38</sup>.

Já o Ministro Ayres Britto, em seu voto, destacou a importância de se realizar um juízo de ponderação no campo da razoabilidade contextual no caso concreto, para se chegar à conclusão se o cidadão possui o direito ao fármaco pleiteado ou não. Ele ressalta que não há que se falar em um juízo de valor quanto ao direito de fornecimento de medicamentos com validade universal e apriorístico<sup>39</sup>. Assim, os Ministros, à

---

<sup>37</sup> Nas palavras do Ministro Celso de Mello: "**A cláusula que proíbe o retrocesso** em matéria social **traduz**, no processo de sua concretização, **verdadeira dimensão negativa** pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (**como** o direito à saúde), **impedindo**, em consequência, **que os níveis** de concretização dessas prerrogativas, **uma vez atingidos**, venham a ser reduzidos **ou** suprimidos, **exceto** nas hipóteses – **de todo inócua** na espécie – **em que políticas compensatórias** venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais". BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. p. 60-61. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013. (Grifos do original).

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. p. 60-61. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013. (Grifos do original).

<sup>39</sup> *Ibidem*.

unanimidade, votaram por negar provimento ao recurso interposto pela União.

Assim, após a breve análise de decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, bem como do Agravo Regimental na STA nº 175, julgada pelo Supremo Tribunal Federal supra, e verificando-se os fundamentos basilares que norteiam as razões de decidir dessas Cortes brasileiras, está-se apto às conclusões finais do presente estudo.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho acadêmico, levantaram-se breves apontamentos pertinentes e passíveis de contribuição para a melhor efetivação do direito à saúde no Brasil. Cientes das limitações que uma monografia de graduação possui, buscou-se apresentar as ideias atuais da doutrina e da jurisprudência quanto ao direito à saúde, assim como o dever do estado de fornecer medicamentos e tratamentos.

Partindo de um breve histórico dos direitos humanos e fundamentais, verificou-se que o surgimento desses direitos, na sua atual concepção, não ocorreu em um único momento. Os direitos individuais surgiram conjuntamente com a aparição do Estado Liberal burguês. E, a partir do surgimento dos direitos individuais, houve um contínuo processo histórico de evolução e reconhecimento de novos direitos fundamentais que continua sendo trilhado até os dias atuais.

Após, verificou-se que os direitos fundamentais são um dos núcleos de onde emana e converge toda a razão de um Estado Democrático de Direito, constituindo-se como elementos basilares das Constituições e dos Estados contemporâneos. Ademais, constatou-se que os direitos fundamentais possuem dois aspectos distintos: o objetivo e o subjetivo. O aspecto subjetivo seria quando se outorgam aos titulares de direitos a possibilidade de impor seus interesses ao Estado ou a terceiros; o

aspecto objetivo, quando os direitos formam a base do ordenamento jurídico do Estado, dando-lhe diretrizes a serem seguidas.

Em sequência, buscou-se estabelecer alguns conceitos quanto à eficácia e aplicabilidade das normas. Neste tema, filiou-se ao que leciona José Afonso da Silva, definindo a eficácia social como sendo a medida de real adequação da conduta das pessoas no mundo dos fatos à norma, e a eficácia jurídica, a possibilidade de geração de efeitos jurídicos de uma norma. Assim, a aplicabilidade seria um conceito conexo ao da eficácia jurídica.

Após essas conceituações, analisou-se sucintamente a teoria dos princípios de Robert Alexy quanto aos tipos de normas e suas diferenciações. As normas poderiam ser subdivididas em regras e princípios. As normas com estrutura de regras funcionariam a partir de sua integral aplicação ou da sua não aplicação ao caso em concreto. Já as normas com estrutura de princípios admitiriam a sua aplicação em graus variados, constituindo-se em verdadeiros mandados de otimização. Nos casos de conflitos entre regras, estes deveriam ser resolvidos no âmbito da sua validade, aplicando-se os critérios de resolução de antinomias. Nos casos de colisão entre os princípios, estes deveriam ser solucionados por meio de um sopesamento de acordo com a importância que cada princípio adquiriria à luz do caso em concreto.

Assim, as normas de direitos fundamentais seriam, em sua essência, princípios. Princípios estes que, em abstrato, possuem todos o mesmo valor, não havendo nenhum direito fundamental que possa ser considerado absoluto, ou superior aos demais, a ponto de não poder ser sopesado, no caso concreto, em relação aos outros.



No segundo capítulo, analisou-se com mais profundidade os direitos sociais, nos quais está inserido o direito à saúde, objeto deste trabalho. Nesse momento, verificou-se que tanto os direitos sociais quanto os direitos individuais teriam, em seu cerne, tanto obrigações de abstenção ou de não-fazer quanto obrigações de prestação positiva por parte do Estado.

Desse modo, careceriam de fundamentos as alegações que diferenciam os direitos individuais dos direitos sociais utilizando-se apenas o critério de tipo de obrigação estatal que estes ensejam. Da mesma forma, também seriam descabidas as alegações que negam totalmente a aplicabilidade dos direitos sociais, aduzindo que estes requereriam demasiadas prestações positivas, onerando em excesso o orçamento do Estado.

Destacou-se que os direitos sociais prestacionais necessitariam de determinadas condições sociais e legislativas para que houvesse a sua efetiva realização. Dentre essas condições, encontrar-se-ia a regulamentação legislativa e a infraestrutura administrativa. A primeira edita leis que definem as competências e as formas de execução das políticas públicas destinadas à satisfação dos direitos sociais; a segunda, promove as instituições e os serviços necessários para disponibilizar, de forma eficiente, a fruição dos direitos sociais pelos cidadãos.

A partir dessas constatações, analisaram-se os limites e as restrições impostas pela reserva do possível aos direitos sociais. A reserva do possível é entendida como a dependência da alocação de recursos econômicos que se verifica nos direitos sociais de forma mais acentuada que em relação aos direitos civis e políticos.

Em contraponto ao argumento da reserva do possível, analisou-se a noção de respeito ao mínimo existencial e ao núcleo essencial dos direitos humanos e fundamentais. O mínimo existencial seria as condições mínimas condizentes com a dignidade da pessoa humana, as quais deveriam ser asseguradas pelo Estado a todos os cidadãos. Já o núcleo essencial dos direitos fundamentais seria o âmago de cada direito, ao qual não caberiam mais restrições sob pena de se ver esvaziado o seu conteúdo útil para a ordem social.

Então, chegou-se à cláusula de proibição do retrocesso social, que advém da ideia, por vezes intuitiva, de que o Estado Democrático de Direito deve estar buscando a melhoria contínua das condições sociais dos cidadãos. Assim, seria defeso ao Estado, uma vez atingido determinados *standards* sociais, eliminar posições jurídicas já consolidadas que, sem a implementação de posições jurídicas alternativas e equivalentes, resultariam no retrocesso a níveis inferiores ao do já realizado socialmente.

Ainda neste capítulo, centrou-se na seara do direito à saúde e no conceito de saúde, propriamente dita. De início, traçou-se uma evolução histórica dos conceitos de saúde através dos tempos, partindo-se de noções eminentemente curativas que vislumbravam a saúde como sendo apenas a ausência de doenças. Desse modo, chegou-se ao conceito cunhado pela própria Organização Mundial da Saúde (OMS), que trouxe para dentro da noção de saúde elementos como bem-estar e qualidade de vida.

Após verificar o grande grau de subjetivismo do conceito trazido pela OMS, filiou-se à definição jurídica de saúde traçada por Currea-Lugo: condição dinâmica de equilíbrio biológico da pessoa,

objetivamente comprovável, socialmente aceitável e, em que pese vulnerável a certos fatores, resguardável sob certas circunstâncias e/ou adequadas técnicas. Dessa partida, tem-se que esse concepção de saúde traz parâmetros mais objetivos e cientificamente comprováveis, enfatizando-se, também, a possibilidade de se exigir juridicamente o uso de determinada técnica médico-farmacológica para o seu restauro.

Ao final desse segundo capítulo, analisou-se os principais textos legais que tratam sobre o direito à saúde no âmbito da Constituição Federal, com rápidas incursões nas normas infraconstitucionais relacionadas ao direito à saúde. Desse modo, constatou-se que a norma do artigo 6º da CF/88 é de vital importância, uma vez que alcança ao direito à saúde o status de direito fundamental social. Por outro lado, destacou-se que a norma do art. 196 da CF/88 definiu o direito à saúde como um direito de todos e um dever do Estado, acrescentando que o direito à saúde deveria ser garantido por meio de políticas públicas. Assim, filiou-se à jurisprudência do STF, depreendendo-se que não há direito um subjetivo do cidadão em pleitear quaisquer prestações referentes ao direito à saúde por parte do Estado; mas, sim, um direito subjetivo apenas no que tange às políticas públicas já promovidas pelo Estado, em igualdade de condições com os demais cidadãos.

Em sequência, observou-se que a norma do artigo 198 da CF/88 instituiu um Sistema Único de Saúde (SUS) e traçou as suas principais diretrizes, quais sejam: a descentralização administrativa, o atendimento integral e a participação de toda a comunidade tanto na formulação quanto no controle das políticas públicas de saúde.

Cumprе ressaltar, aqui, que, conforme a jurisprudência não só do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), mas também do Supremo Tribunal Federal (STF), a descentralização e a repartição de competências no âmbito do SUS possui apenas caráter interno, entre os entes federados, com o intuito de facilitar o controle administrativo e de promover maior acessibilidade das políticas de saúde pública aos cidadãos. Assim, essa descentralização administrativa não poderia ser utilizada para produzir efeitos contra o cidadão, no sentido de escusar o poder público do dever de fornecer medicamentos e tratamentos adequados à população.

Reconheceu-se que o meio mais adequado para o cidadão obter a prestação do Estado quanto ao direito à saúde seria pleiteá-lo administrativamente perante os órgãos do SUS do ente federado competente. Porém, em havendo uma negativa administrativa ao fornecimento de determinado medicamento ou tratamento, ou, ainda, na hipótese de um ente federado escusar-se de fornecer o fármaco, atribuindo a competência por determinado medicamento a outro ente federativo, nada impediria o cidadão de requerer pela via judicial o medicamento necessário.

Nesse momento, observou-se que os entes federados possuem solidariedade passiva no fornecimento de fármacos aos cidadãos. Ademais, entendeu-se que os medicamentos devem ser fornecidos na via judicial, preferencialmente, por meio da utilização da Denominação Comum Brasileira (DCB), que leva em conta o princípio ativo dos medicamentos e, não, o seu nome comercial.

Ressaltou-se que o Estado e os seus Poderes constituídos estão vinculados à Constituição e demais normas legais. Dessa forma, quando o Administrador Público não cumpre uma previsão constitucional ou legal que prevê determinada política pública, ele incorre em omissão passível de apreciação e correção pelo Judiciário. Assim, deve-se reconhecer que todos os órgãos e agentes estatais têm o dever de aplicar a Constituição Federal e, dentro da respectiva competência, de dar a maior efetividade possível a suas normas, notadamente no que refere aos direitos humanos e fundamentais.

Assim, quando o Judiciário determina o cumprimento de leis e de políticas públicas que, embora não sejam observadas ou executadas administrativamente, estejam previstas no ordenamento jurídico, não há falar em interferência indevida nos demais Poderes, tampouco em ofensa aos princípios do Estado Democrático de Direito.

Ao final, como fecho, constatou-se que, para configurar o direito subjetivo do cidadão ao fornecimento de medicamentos pela via judicial, devem ser satisfeitas algumas condições: (i) que o cidadão possua alguma enfermidade e necessite de um medicamento ou tratamento urgente, bem como que não possua condições financeiras de custeá-lo sozinho ou às expensas de sua família; (ii) que, além da saúde, esteja em jogo também o bem da vida ou da dignidade da pessoa humana; (iii) que o fármaco ou tratamento pleiteado tenha registro na ANVISA e eficácia terapêutica comprovada, não estando em fase experimental; (iv) que haja políticas públicas no âmbito do SUS que prevejam o fornecimento do determinado fármaco ou tratamento, ou, mesmo não havendo

políticas públicas no SUS que o prevejam, que ele seja disponibilizado no âmbito dos serviços privados de saúde.

Dessa forma, entende-se que, até que o ideal do direito à saúde universal, igualitário e com atendimento integral almejado pela Constituição da República seja efetivamente concretizado por meio de políticas públicas, o Judiciário estará pronto a acender uma vela na escuridão para aqueles cidadãos que necessitem urgentemente de medicamentos ou de tratamentos no âmbito da saúde.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos Sociais São Exigíveis**. Tradução Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011. 311 p.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011. 669 p.
- ANDRADE, Viera de. **Os Direitos Fundamentais do Século XXI**. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/andrade.pdf>>. Acesso em: 18/03/2013.
- BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012. 208 p.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 232 p.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. 184 p.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos Sobre Derechos Fundamentales**. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden, 1993. 138 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 807 p.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 20 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso em: 19 maio 2013.

BRASIL. Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999. Altera a Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 11 fev. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9787.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9787.htm)>. Acesso em: 19 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. 1522 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. 232 p.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: Limites e Restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2007. 236 p.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca apud MELLO FILHO, José Celso de. In: BRASIL. Superior Tribunal Federal (Tribunal Pleno – Audiência Pública). **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - Ceará**. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza, Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. p. 43. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 19 maio 2013.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 370, p. 103-134, 2003. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id507.htm>>. Acesso em: 13 maio 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 427 p.

MELGARÉ, Plínio. Um Olhar Sobre os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito: Breves Reflexões ao Abrigo de uma Perspectiva Material. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**: Anuário 2004/2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. v. 1, t. 2, p. 193-208.



MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. 518 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional.** Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/mendes.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Constituição (1946). **Constituição da Organização Mundial da Saúde.** Nova Iorque, EUA: ONU. Disponível em: <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2013.

PARRA, Antonio Yepes. El Derecho a la Salud: La Necesidad de Repensar los Derechos Sociales. **Revista Cubana de Salud Pública**, Ciudad de La Habana, v. 25, n.2, jul./dic. 1999. Disponível em: <[http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0864-34661999000200002](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34661999000200002)>. Acesso em: 11 maio 2013.

PESTE NEGRA. In: WIKIPÉDIA. 2013. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Peste\\_negra](http://pt.wikipedia.org/wiki/Peste_negra)>. Acesso em: 07 maio 2013.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral da República. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. **Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais.** Lisboa, Portugal. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-protectao-dh/orgaos-onu-dir-econ-soc-culturais.html>>. Acesso em: 04 maio 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (1ª Câmara Cível). Acórdão. **Agravo nº 70052569126.** Apelante: Município de Caxias do Sul. Apelado: Cleusa Aparecida de Souza. Relator: Carlos Roberto Lofego Caníbal. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 18 maio 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (22ª Câmara Cível). Decisão Monocrática. **Apelação Reexame Necessário nº 70054167903.** Apelantes: Estado do Rio Grande do Sul e Município de Montenegro. Apelado: Ministério Público. Apresentante: Eduardo Kraemer. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 18 maio 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. 493 p.

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. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de abril de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia**: Separação de Poderes. Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário Brasileiro: Observatório do Direito à Saúde. Porto Alegre: FAFICH, 2011. 91 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de abril de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de abril de 2013.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à Saúde**: Efetividade em uma Perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 224 p.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed.; 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2004. 277 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. 2. ed.; 3.tir. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011. 279 p.

SALUS. In: WIKIPÉDIA. 2013. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Salus>>. Acesso em: 21 abr. 2013.



A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de produção e pesquisa científica/acadêmica das ciências humanas, distribuída exclusivamente sob acesso aberto, com parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil e exterior, assim como monografias, dissertações, teses, tal como coletâneas de grupos de pesquisa e anais de eventos.

Conheça nosso catálogo e siga as nossas páginas nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



**[www.editorafi.org](http://www.editorafi.org)**  
[contato@editorafi.org](mailto:contato@editorafi.org)