

Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito

Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para Membros do  
Ministério Público e da Magistratura Federal

Monografia Final de Curso

**EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO**

*George Marmelstein Lima*

Orientador: Dr. Sérgio Fernando Moro

Tutora: Maria Augusta

Diretor da Faculdade de Direito: Prof. José Geraldo de Sousa Júnior  
Coordenadora de Pós-Graduação: Profa. Loussia Musse Felix  
Coordenadores do Curso: Prof. José Geraldo de Sousa Júnior e Prof. Márcio Iorio Aranha  
Consultora de Saúde: Dr. Conceição Aparecida Pereira Rezende  
Consultor Jurídico: Prof. Sebastião Botto de Barros Tojal  
Consultora de Ensino a Distância: Profa. Maria de Fátima Guerra de Sousa  
Consultora de Metodologia e Monografia Final de Curso: Profa. Loussia Musse Felix

**Brasília, 18 de fevereiro de 2003**

## SUMÁRIO

1. Introdução .....	3
2. Evolução histórica dos direitos fundamentais .....	6
2.1. Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.....	6
2.2. Dos Direitos Individuais aos Direitos Sociais.....	7
2.3. Dos Direitos Sociais aos Direitos de Solidariedade .....	8
2.4. As Dimensões dos Direitos Fundamentais .....	9
3. Teoria Jurídica dos Direitos Fundamentais.....	13
3.1. A Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais .....	14
3.1.1. A Eficácia Jurídica Zero.....	14
3.1.2. A Eficácia Jurídica Mínima.....	15
3.1.3. A Eficácia Jurídica Máxima .....	17
4. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 .....	19
4.1. A Saúde na Constituição de 1988 .....	21
5. Pseudo-Limites da Concretização Judicial do Direito à Saúde.....	25
5.1. A Vagueza do Conteúdo da Norma.....	25
5.2. O Dogma da Vedação da Atuação do Juiz como Legislador Positivo ..	27
5.3. A Necessidade de Previsão Orçamentária para Realização de Despesas Públicas .....	30
5.4. A Discricionariedade da Administração .....	32
5.5. A natureza meramente programática dos direitos sociais.....	34
5.6. A impossibilidade do controle judicial das questões políticas.....	37
6. Limites da Concretização Judicial do Direito à Saúde.....	39
6.1. A Proporcionalidade .....	41
6.2. A Reserva de Consistência.....	43
6.2.1. A “reserva de coerência” .....	47
6.3. A Reserva do Possível.....	48
7. Possibilidades da Atuação Judicial.....	53
7.1. A Concretização do Direito à Saúde na Jurisprudência.....	53
7.1.1. Condutas estatais lesivas à saúde .....	54
7.1.2. Edição de normas que dificultam o exercício do direito à saúde ...	56
7.1.3. Edição de normas que protegem insuficientemente a saúde .....	58
7.1.4. A inércia governamental e as obrigações positivas.....	59
7.1.4.1. Omissão quanto ao dever de editar normas de proteção à saúde .....	60
7.1.4.2. Omissão quanto ao dever de satisfazer o direito à saúde através de prestações materiais .....	65
7.1.4.3. Omissão quanto à construção da infra-estrutura necessária à prestação dos serviços de saúde .....	76
8. Conclusão .....	81
BIBLIOGRAFIA .....	84
SÍTIOS CONSULTADOS .....	90

## 1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 reservou um lugar de destaque para a saúde - aqui entendida, conforme reconhecido pela Organização Mundial de Saúde, como o completo bem estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas como a ausência de afecções e doenças -, tratando-a, de modo inédito no constitucionalismo pátrio, como um verdadeiro direito fundamental<sup>1</sup>.

Qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, conforme se verá ao longo deste estudo, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua *efetividade*, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social<sup>2</sup>.

Torna-se extremamente relevante estudar a saúde sob essa nova ótica conferida pela Constituição, traçando os limites e possibilidades da concretização judicial desse direito com apoio na teoria dos direitos fundamentais que vem sendo desenvolvida no Brasil e em outros países.

O estudo do papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde cresce de importância não apenas pelo tratamento privilegiado que a Constituição Federal reservou ao tema, mas também pelo descompasso que, contemporaneamente, está havendo entre a vontade constitucional e a vontade dos governantes.

Enquanto o poder constituinte (originário) almejou construir um Estado Democrático e Social de Direito, com papel ativo na busca da redução das desigualdades sociais, as políticas públicas recentemente levadas a cabo pelo Poder Executivo, com o beneplácito do Legislativo, têm caminhado em direção contrária, em que a função do Estado é reduzida, minimizada e enfraquecida, mediante a transferência da prestação dos serviços públicos, inclusive os essenciais, como a saúde, para a iniciativa privada.

A postura ideológica dos últimos governantes que assumiram a chefia do Poder Executivo Federal, certamente influenciada pela doutrina apelidada de “neoliberal”, cujas diretrizes foram traçadas no “Consenso de Washington”, dificultam bastante a realização dos objetivos traçados

---

<sup>1</sup> Art. 196, da CF/88: “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>2</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1996, p. 83.

constitucionalmente, em especial a concretização dos direitos fundamentais sociais, na medida em que tais direitos, muitas vezes, exigem comportamentos ativos (prestações) que o Estado minimalista se recusa a oferecer a contento, já que uma das metas pregadas pela doutrina neoliberal é a redução das despesas públicas e das tarefas desempenhadas pelo Estado.

É suficiente uma leitura dos quatro primeiros artigos da Constituição, em especial do art. 3º, para perceber que o poder constituinte não pretendeu seguir o modelo “neoliberal” e que, portanto, está havendo um descompasso entre a “vontade de poder” e a “vontade de constituição”. Não é à toa que a Organização Mundial de Saúde classificou o modelo adotado pelo Brasil, dentro de uma lista de 191 países, como um dos piores do mundo<sup>3</sup>.

Nesse quadro em que a vontade política de fazer valer os direitos constitucionais é praticamente inexistente, o Poder Judiciário, enquanto responsável pela manutenção da supremacia da Constituição, é freqüentemente chamado para dirimir conflitos em que, de um lado, está o cidadão, lutando para que as promessas constitucionais sejam efetivamente cumpridas, e, de outro lado, está o Poder Público, que, por ideologia, má-gestão ou mesmo por falta de recursos, deixa de cumprir seu dever constitucional.

Ao ser chamado para suprir as deficiências dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário passa a desempenhar um papel político ativo, deixando de ser uma “função de segunda classe” para se converter em um verdadeiro Poder do Estado, tão responsável pela consecução dos objetivos constitucionais quanto os demais poderes.

A finalidade do presente estudo consiste, pois, em analisar as possibilidades e os limites da atuação judicial na aplicação e concretização do direito fundamental à saúde, diante das omissões do Poder Executivo e do Legislativo, que, a rigor, na ótica do constitucionalismo tradicional, seriam os principais destinatários da norma prevista no art. 196, da CF/88.

Logicamente, por ser um tema bastante ideológico, em que o princípio da separação dos poderes se encontra em um estado de tensão máxima, as soluções ou conclusões apresentadas serão sempre, propositadamente, bastante abertas, típicas de qualquer estudo constitucional envolvendo direitos fundamentais.

Não se almeja, portanto, traçar limites precisos da atividade judicial, nem mesmo abordar todas as possibilidades de concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário, mas tão somente apresentar, inclusive com exemplos concretos, o avanço do tema no direito brasileiro.

---

<sup>3</sup> Cf. TESSLER, Marga Inge Barth. *O Direito à Saúde como Direito e como Dever na Constituição Federal de 1988*, p. 202. in: **Revista Direito Federal** n. 67, Brasília: Ajufe, 2001, p. 189/218.



## 2. Evolução histórica dos direitos fundamentais

Para bem se compreender a atual posição jurídica ocupada pelos direitos fundamentais é preciso fazer, ainda que sucintamente, uma abordagem histórica de sua evolução.

### 2.1. Dos direitos humanos aos direitos fundamentais

A idéia de dignidade da pessoa humana, que é a matriz embrionária dos direitos fundamentais, sempre esteve presente nas sociedades, mesmo as mais primitivas, seja por razões religiosas, seja pelo desenvolvimento de doutrinas filosóficas, como o jusnaturalismo, que remonta a Grécia antiga.

No entanto, a noção que se tem hoje de *direitos humanos ou direito do homem* só aparece, historicamente, na última fase da idade média, com a difusão da organização feudal, quando se forma, lentamente, a convicção de que o povo está obrigado, em relação à autoridade superior, somente a cumprir as prestações impostas (tributos, obrigações militares *etc*) se voluntariamente aceitas no pacto de vassalagem<sup>4</sup>.

Embora não seja o pioneiro<sup>5</sup>, o mais famoso texto estatal da Idade Média que protegeu, de forma ainda precária, os direitos humanos foi a Magna Carta de João Sem-Terra (*Magna Charta libertatum*), elaborada no ano de 1215, na Inglaterra, que já esboçava as linhas de garantia aos direitos fundamentais, restringindo o poder do monarca e apresentando as chamadas iniciais de garantia dos súditos (não de todos, mas somente de determinadas classes privilegiadas, sobretudo dos Barões, proprietários de terras, capazes de ler em latim, pois o texto da Magna Carta era todo em latim, somente vindo a ser traduzido para o inglês no século XVI).

A partir de então, começam a surgir, sobretudo na Inglaterra, inúmeras Declarações de Direitos, visando garantir aos súditos determinados direitos, em especial de liberdade de expressão e liberdade política. Como exemplo desses documentos de proteção das liberdades podemos citar o *Petition of Rights* (Petição de Direitos) de 1628, Ata de *Habeas Corpus* de 1679 e *Bill of Rights* (Declaração de Direitos) de 1689, todos na Inglaterra.

As Declarações de Direitos surgidas antes do liberalismo, época em que ainda não havia a consolidação da idéia de Estado de Direito,

---

<sup>4</sup> RUFFIA, Biscaretti Di. **Direito Constitucional: Instituições de Direito Público**. Trad. Maria Helena Diniz. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

<sup>5</sup> O primeiro documento estatal a proteger esses direitos, ao que se sabe, é da Espanha, concedido pelo Rei Afonso IX, nas cortes de Leão, em 1188, que, já na época, protegia os bens fundamentais dos súditos (vida, propriedade, honra).

são de discutível juridicidade, já que, por serem meras concessões da autoridade estatal, sua eficácia ficava sempre condicionada à vontade do soberano.

Foi somente com as Revoluções Liberais do Século XVIII, sobretudo a americana e a francesa, e suas conseqüentes Declarações, que se inicia a fase de *constitucionalização dos direitos fundamentais*, onde eles deixam de ser apenas reivindicações políticas para se transformarem em normas jurídicas. É a partir desse momento que se vem preferindo o uso do termo *direitos fundamentais* para se fazer alusão àqueles direitos positivados numa constituição de determinado Estado, ao passo que a expressão *direitos humanos* ficaria reservada para ser adotada em documentos internacionais, e o termo *direitos do homem*, enquanto pautas ético-políticas, seriam valores inerentes ao ser humano destituídos de positividade, ou seja, seriam os direitos naturais, para os que aceitam sua existência<sup>6</sup>.

## 2.2. Dos Direitos Individuais aos Direitos Sociais

As Declarações de Direitos proclamadas com as Revoluções Liberais, em destaque a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, decorrente da Revolução Francesa, e a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, decorrente da Revolução Americana, tiveram grande influência do pensamento liberal propagado pelos iluministas.

Os direitos protegidos nessas Declarações possuem uma acepção eminentemente individualista, baseada na doutrina do *laissez-faire, laissez-passer*, em que a função do Estado é somente a de permitir que as relações sociais e econômicas se desenvolvam livremente, sem qualquer interferência estatal, cabendo-lhe apenas proteger a propriedade e segurança dos indivíduos, ao gosto dos interesses da burguesia vitoriosa que acabara de assumir o poder político. Daí, a consagração de inúmeros direitos de liberdade (também chamados direitos de defesa): liberdade de reunião, liberdade de expressão, liberdade comercial, liberdade religiosa *etc.*

Com a Revolução Industrial, iniciada em meados do Século XIX, o absentismo estatal, até então em voga, que privilegiava um capitalismo sem ética, totalmente alheio às desigualdades sociais e estimulador da cupidez dos detentores do poder, não era mais capaz de garantir a harmonia social, e as classes operárias, que já se organizavam em grupos

---

<sup>6</sup> Essa classificação é sugerida, entre outros, por GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 24/25; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31. Veja-se que, no atual estágio dos direitos fundamentais, existe uma coincidência material entre os direitos do homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais.

fortemente politizados, começavam as primeiras revoluções visando a tomada do poder, a exemplo do que ocorreu na Rússia em 1917.

Não era suficiente, portanto, apenas garantir a liberdade formal dos indivíduos. Era preciso ir além. Havia necessidade de reconhecer certos direitos sociais, culturais e econômicos, derivados das reivindicações sociais resultantes do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, sob pena da derrocada inevitável do capitalismo que vinha sendo praticado.

Nasce aí o Estado Social, onde se reconhece a importância das políticas públicas visando à redução das desigualdades sociais.

Ao lado do catálogo dos direitos fundamentais de liberdade, já garantidos pelo Estado Liberal, surge um novo elenco de direitos: os direitos sociais, econômicos e culturais. Tais direitos, obviamente, exigem ações positivas (prestações materiais) por parte do Estado, o que pode justificar, em parte, a baixa carga de normatividade que lhes foi conferida na sua fase inicial de positivação.

As Constituições do México de 1917, produto da Revolução Mexicana de 1910, e a de *Weimar* de 1919, inspiradoras de inúmeras outras, foram as primeiras a positivarem os direitos sociais, econômicos e sociais, fornecendo as bases jurídicas para o fortalecimento da igualdade e da justiça social.

No Brasil, a Constituição de 1934 e, de forma mais abrangente, a de 1946, deram os passos iniciais à formação de um Estado Social, garantindo direitos como à aposentadoria, à educação, à assistência social, à cultura, à moradia, entre outros, em especial os que visavam à proteção dos trabalhadores. O direito à saúde, apesar de ser um típico direito social, somente veio a ganhar *status* constitucional, de forma expressa, com a Constituição de 1988.

### 2.3. Dos Direitos Sociais aos Direitos de Solidariedade

Depois da Segunda Grande Guerra, com a quase dizimação do povo judeu e após todas as outras crueldades praticadas pelos nazistas, estalinistas, fascistas, franquistas, salazaristas, getulistas e demais regimes totalitários ou autoritários, surgem os direitos de solidariedade ou de fraternidade no rol de direitos humanos. Esses direitos, dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, visam não à proteção dos interesses de um único indivíduo, de apenas um grupo ou somente de um determinado Estado, mas de todo o gênero humano. No rol desses direitos, citam-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito

de comunicação. Todos esses direitos foram proclamados universalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e, posteriormente, foram gradativamente incorporados nas constituições de diversos países, como, por exemplo, a do Brasil, de outubro de 1988, que é referência mundial no que se refere à proteção constitucional do meio-ambiente, além de reconhecer outros direitos de solidariedade.

## 2.4. As Dimensões dos Direitos Fundamentais

Em uma aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, proferida em 1979, um jurista francês chamado Karel VASAK utilizou o termo “gerações dos direitos fundamentais”, inspirado nos três temas da Revolução Francesa, para demonstrar a evolução histórica dos direitos fundamentais. Assim, as “três gerações de direitos humanos” seriam as seguintes: (a) a primeira geração incluiria os direitos de liberdade, em especial os direitos civis e políticos (*liberté*); (b) a segunda geração seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais (*égalité*); (c) e a terceira geração seria a dos os novos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento e ao meio-ambiente sadio (*fraternité*)<sup>7</sup>.

A doutrina da “geração dos direitos fundamentais” consagrou-se mundialmente, pois é capaz de retratar, com clareza, a evolução histórica desses direitos.

No entanto, recentemente, ela tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e estrangeira, pois o uso da expressão “gerações” pode ensejar a errada impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro, já que, por exemplo, não houve o desaparecimento dos direitos de liberdade quando surgiram os direitos sociais. Além disso, a expressão “geração” pode induzir a se pensar que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ocorrer quando a geração anterior já estiver madura, dificultando bastante o surgimento de novos direitos, sobretudo nos países periféricos, onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos de primeira geração.

Por isso, a doutrina mais moderna preferir o termo “dimensões dos direitos fundamentais”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Cf. entre outros, PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 28.

<sup>8</sup> Entre outros: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 26; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47. Apenas a título ilustrativo, vale ressaltar que há quem proclame a existência de outras dimensões de direitos fundamentais, como, por exemplo, a quarta dimensão, surgida com a globalização econômica, social e política, compendiando os direitos à

O termo “dimensão”, realmente, fornece uma melhor visão do que ocorreu e ocorre com os direitos fundamentais. Veja-se, a título de exemplo, o direito à propriedade: antes, com o Estado Liberal (primeira dimensão), a propriedade era um direito absoluto, de natureza essencialmente individual; posteriormente (segunda dimensão), esse mesmo direito passou a ter uma conotação menos individualista, de modo que a noção de propriedade ficou associada à idéia de função social; por fim, com os direitos de terceira dimensão, a propriedade não apenas deverá cumprir uma função social, mas também uma função ambiental<sup>9</sup>.

A mesma análise pode ser feita com o direito à saúde. Em um primeiro momento, a saúde tinha uma proteção estatal essencialmente individualista: o papel do Estado seria proteger a vida do indivíduo contra as adversidades então existentes (epidemias, ataques externos *etc*) ou simplesmente não violar a integridade física do indivíduo (vedação de tortura e violência física, por exemplo). Posteriormente, surge com uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos *etc*. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança um alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população, a ponto de se permitir, por exemplo, que países mais pobres, para proteger a saúde de seu povo, quebrem a patente de medicamentos no intuito de baratear os custos de um determinado tratamento, conforme reconheceu a própria Organização Mundial do Comércio, apreciando um pedido feito pelo Brasil no campo da AIDS<sup>10</sup>.

Como se observa, a teoria da dimensão dos direitos fundamentais possui implicações práticas relevantes, já que obriga que se faça uma abordagem de um dado direito fundamental, mesmo aqueles ditos de primeira dimensão, através de uma visão sempre evoluída, acompanhando o desenvolvimento histórico desses direitos que, por sua vez, acompanham as transformações ocorridas na sociedade<sup>11</sup>.

---

informação, à democracia (direta) e ao pluralismo (BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524/525). Outras dimensões vão surgindo com a bioética, a manipulação genética, a realidade virtual, a inteligência artificial e a vida digital.

<sup>9</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 26.

<sup>10</sup> A notícia sobre a quebra de patentes de remédios para a AIDS foi amplamente divulgada nos meios de comunicação. Tratava-se, no caso, de um processo movido pelos Estados Unidos contra o Brasil, que havia permitido a licença compulsória de medicamentos com base na Lei de Propriedade Industrial brasileira e no Acordo Internacional sobre Propriedade Intelectual (TRIPS Agreement), firmado pelos países membros da OMC. Ao fim do processo, os EUA aceitaram que o Brasil produza medicamentos genéricos anti-Aids, desde que se comprometia a avisar antecipadamente a concessão de licenças compulsórias de patentes registradas por indústrias farmacêuticas norte-americanas.

<sup>11</sup> A respeito da natureza histórico-evolutiva dos direitos humanos, v. BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Além disso, ela permite a superação da classificação dos direitos por *status*, desenvolvida por Jellinek, que é uma das responsáveis pelo entendimento de que os direitos sociais não seriam verdadeiros direitos, mas simples declarações de boas intenções destituídas de exigibilidade.

Em síntese bem apertada, por essa classificação, os direitos civis e políticos (direitos de liberdade) teriam o *status* negativo, pois implicariam em um não agir (omissão) por parte do Estado; os direitos sociais e econômicos (direitos de igualdade), por sua vez, teriam um *status* positivo, já que a sua implementação necessitaria um agir (ação) por parte do Estado mediante o gasto de verbas públicas<sup>12</sup>.

A visão multidimensional dos direitos fundamentais tem o mérito de superar essa dicotomia entre direitos de *status* negativo e de *status* positivo, criando uma afinidade estrutural entre todos os direitos fundamentais, cuja concretização passa a ser realizada mediante um espectro amplo de obrigações públicas e privadas, que se interagem e se complementam, e não apenas com um agir ou não agir por parte do Estado.

Com exemplos, será melhor visualizada essa superação da doutrina baseada em *status*.

O direito de propriedade é, tradicionalmente, um direito civil por excelência. Seria, portanto, pela teoria de Jellinek, um direito de *status* negativo. Realmente, uma das garantias decorrentes do direito de propriedade compreende a proibição de violação da propriedade pelo Estado, o que denota uma característica negativa desse direito. No entanto, a sua plena proteção exige também inúmeras obrigações positivas: promoção de um adequado aparato policial para proteger a propriedade privada (segurança pública), edição de normas para garantir o exercício do direito, estabelecimento de medidas normativas e processuais adequadas para garantir a reparação do dano no caso de violação do direito de propriedade *etc.*

De igual modo, a proteção do direito à saúde, que é um direito social, e, portanto, seria de *status* positivo, não é garantida exclusivamente com obrigações de cunho prestacional, em que o Estado necessitaria agir e gastar verbas para satisfazê-lo. O direito à saúde possui também facetas negativas como, por exemplo, impedir o Estado de editar normas contrárias que possam prejudicar a concretização do direito de saúde ou mesmo evitar a violação direta da integridade física de um cidadão pelo Estado. Além disso, nem todas as obrigações positivas decorrentes do direito à saúde implicam gastos para o erário. Por exemplo, a edição de normas de segurança e saúde

---

<sup>12</sup> Logicamente, a teoria de Jellinek não é tão simples assim, até porque ele inclui outras categorias de *status*. No entanto, para os fins que ora se propõem, vale mencionar apenas essas duas categorias.

no ambiente de trabalho não implica qualquer gasto público, pois quem deve implementar tais medidas são as empresas privadas<sup>13</sup>.

Como se observa, todas as categorias de direitos fundamentais, sejam os direitos civis e políticos, sejam os direitos sociais, econômicos e culturais, exigem obrigações negativas ou positivas por parte do Estado. Os direitos civis e políticos são realizados não apenas mediante obrigações negativas, assim como os direitos sociais, econômicos e culturais não são realizados apenas com obrigações positivas.

---

<sup>13</sup> No mesmo sentido, assim discorre Ingo SARLET: “o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde” (Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988, p. 98. In: **Interesse Público** n. 12, São Paulo: Nota Dez, 2001, pp. 91/107).

### 3. Teoria Jurídica dos Direitos Fundamentais

Na medida em que vão evoluindo, os direitos fundamentais ganham cada vez mais normatividade (juridicidade), ou seja, vão deixando de ser meras exortações ético-políticas, desprovidas de qualquer conteúdo jurídico, para se converterem em verdadeiras normas jurídicas com um grau elevado de exigibilidade.

Aos poucos, vai-se desenvolvendo uma teoria jurídica dos direitos fundamentais baseada, em síntese, nos seguintes postulados e considerações:

a) reconhecimento de uma força jurídica potencializada das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais (máxima efetividade dos direitos fundamentais), sobretudo pela posição hierárquica superior que tais normas ocupam no sistema escalonado do ordenamento;

b) redimensionamento da fonte de direitos subjetivos das leis para os direitos fundamentais (*“não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais”*<sup>14</sup>), já que o conteúdo das normas constitucionais não pode ficar restrito à vontade parlamentar, e toda a interpretação legal deverá se guiar pelos mandamentos traçados na Constituição;

c) desenvolvimento de critérios para a solução da colisão entre direitos fundamentais (dimensão de peso e importância de DWORKIN<sup>15</sup>, concordância prática de HESSE<sup>16</sup> etc), uma vez que as normas definidoras de direitos fundamentais vivem em uma tensão permanente e recíproca;

d) desenvolvimento de critérios para a limitação de direitos fundamentais (princípio da proporcionalidade), já que a relatividade dessas normas é nota característica de sua própria essência;

e) reformulação da doutrina da separação entre os poderes, em face da “solução de compromisso” que todos agentes devem assumir na

---

14 A frase é de KRÜGER, cf. FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 73).

15 Segundo Ruy Samuel ESPÍNDOLA, os princípios “possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles (...). As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deve prevalecer uma em virtude de seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida” (**Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65).

16 De acordo com Ingo SARLET, a concordância prática é um “processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas” (Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição, p. 121. In: **Revista da Ajuris** n. 66, Porto Alegre: Ajuris, 1996).

concretização dos direitos fundamentais, reconhecendo-se um papel mais atuante do Judiciário na efetivação das normas constitucionais, através da jurisdição constitucional;

f) reformulação de conceitos tradicionais de direito, em face da constitucionalização de inúmeros institutos do direito privado e do direito processual;

g) possibilidade de concretização judicial de direitos fundamentais, independentemente de integração normativa formal por parte do Poder Legislativo, como conseqüência do aumento da força normativa da Constituição e reconhecimento da importância do Judiciário na função de guardião da Constituição;

h) aceitação de um catálogo aberto (não exaustivo) de direitos fundamentais.

Essas são apenas algumas das conseqüências resultantes do desenvolvimento da teoria jurídica dos direitos fundamentais. Para os fins do presente trabalho, não é preciso analisar todas elas, mas tão somente aquelas ligadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais, já que o direito à saúde é um direito dessa espécie.

### 3.1. A Máxima Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais

#### 3.1.1. A Eficácia Jurídica Zero

Durante muito tempo, sustentou-se que os dispositivos constitucionais definidores de direitos, em particular os de cunho social, que, em geral, exigem um agir por parte do Estado, seriam meras declarações de boas intenções, sem caráter obrigacional. Já se defendeu, inclusive, que, por exemplo, quando a Constituição diz que a saúde ou a educação é dever do Estado, o vocábulo *dever* significaria apenas exigência que se situa no campo ético, moral, jamais no campo jurídico.

Nesse sentido, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR defendeu que:

“A proposição concretizada na regra ordinária civil ‘a todo *direito* corresponde uma *ação* que o assegura’ (C.C., art. 75), é válida apenas para a relação jurídica em que as partes são reciprocamente credores e devedores de direitos e obrigações. Na regra jurídica constitucional que dispõe que ‘todos têm direitos e o Estado tem dever’ – de educação, saúde -, na realidade, ‘todos não têm direito’, porque a relação jurídica entre o cidadão-credor e o Estado-devedor não se fundamenta

em *vinculum iuris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir, em juízo, as prestações prometidas, a educacional e a da saúde, a que o Estado se obrigara, por proposição ineficaz dos constituintes, representantes do povo. O Estado *deve*, mas o *debet* tem conteúdo ético, apenas, conteúdo que o *bonus administrator* procurará proporcionar a todos, embora a tanto não seja obrigado”<sup>17</sup>.

Como se observa, a eficácia jurídica dos direitos sociais, segundo o referido autor, seria nenhuma.

Essa tese chegou a ser acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o ROMS 6564/RS<sup>18</sup>, onde ficou consignado que o direito à saúde constitui um interesse geral que não confere aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação, eis que não delimitado seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o múnus de completar a norma constitucional pela integração legislativa.

A teoria jurídica dos direitos fundamentais refuta veementemente a tese da “eficácia jurídica zero” atribuída aos direitos sociais, por mais vagos que sejam. Considerar a completa ausência de força jurídica de qualquer norma constitucional constitui um retrocesso de mais de cem anos de evolução da doutrina desenvolvida em torno do direito constitucional.

### 3.1.2. A Eficácia Jurídica Mínima

Em um passo à frente, mas ainda longe de ser satisfatória, surge a teoria da eficácia “mínima” dos direitos sociais.

Essa teoria foi desenvolvida, entre outros, por José Afonso da SILVA, na sua famosa obra sobre a Aplicabilidade das Normas Constitucionais<sup>19</sup>.

Segundo José Afonso da SILVA, inspirado em doutrina italiana, as normas constitucionais seriam classificadas em três espécies quanto à sua aplicabilidade: (a) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que seriam as que receberam normatividade suficiente para serem diretamente aplicadas, independentemente de integração normativa por parte do Poder Legislativo; (b) normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata, que seriam as que também receberam normatividade suficiente para serem

<sup>17</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentário à Constituição de 1988**. V. II, Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 884.

<sup>18</sup> DJ 17/6/1996, p. 21448.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

diretamente aplicadas, mas o legislador poderia reduzir a sua eficácia e aplicabilidade; por fim, (c) normas de eficácia limitada, que não possuem normatividade suficiente para sua aplicação, cabendo tão somente ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulação das matérias nelas tratadas.

Como o referido autor desenvolveu sua teoria em face do direito constitucional anterior a 1988, não houve, de sua parte, uma análise da situação do direito à saúde em sua classificação, já que esse direito somente galgou hierarquia de norma constitucional a partir da Constituição vigente.

No entanto, pela estrutura formulada, certamente a norma definidora do direito à saúde seria considerada uma norma de eficácia limitada, dirigida essencialmente ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, uma vez que a parte final do art. 196, da CF/88 deixa claro que o direito será garantido mediante políticas sociais, e o art. 197 informa que caberia ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde.

O art. 196, da CF/88, entraria, segundo a classificação de José Afonso da SILVA, na categoria das normas ditas programáticas. Sua aplicabilidade ficaria a depender da integração legislativa (edição de normas pelo Legislativo) e do desenvolvimento de políticas públicas por parte do Executivo.

Desse modo, não caberia invocar a norma do art. 196, da CF/88, para, a partir dela, diretamente, extrair direitos subjetivos aptos a permitirem que o próprio Judiciário determinasse um agir estatal ou mesmo substituísse o legislador e a discricionariedade do administrador.

Embora hoje superada, a classificação desenvolvida por José Afonso da SILVA trouxe inegáveis avanços, sobretudo ao reconhecer, pelo menos, uma eficácia mínima das normas programáticas. Para ele, essas normas possuiriam eficácia jurídica imediata, direta e vinculante na medida em que:

“I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspira a sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária

da Administração e do Judiciário; VI – criam situações subjetivas, de vantagem ou desvantagem”<sup>20</sup>.

As normas programáticas, de acordo com essa teoria, teriam a força jurídica de impedir que as ações, normativas ou administrativas, dos Poderes Públicos fossem praticadas em descompasso com o programa ou princípio traçado na norma.

Assim, por exemplo, se o Legislativo editasse uma lei contrária à norma garantidora do direito de saúde, o eventual prejudicado poderia acionar o Judiciário e requerer a anulação, por inconstitucionalidade, da regra infraconstitucional que estivesse impedindo ou dificultando o exercício desse direito.

Trata-se, sem dúvida, de um grande avanço, sobretudo porque a tese foi desenvolvida no período de ditadura militar, em que foi bastante enfraquecida a força normativa da Constituição. No entanto, na medida em que apenas permite a atuação do Judiciário nos casos de ação estatal contrária à norma, sem possibilitar a concretização judicial nos casos de omissão dos Poderes Públicos, é preciso superar a concepção da eficácia mínima, sob pena de se entregar a efetividade da norma constitucional ao mero arbítrio dos governantes, o que, certamente, não foi o que a Constituição de 1988 desejou.

### 3.1.3. A Eficácia Jurídica Máxima

São inúmeras as teorias desenvolvidas no sentido de superar a concepção de eficácia mínima das normas definidoras de direitos sociais, com destaque para as seguintes obras em língua portuguesa: *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho<sup>21</sup>; *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, de Ingo Wolfgang Sarlet; O

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 164.

<sup>21</sup> Canotilho foi extremamente infeliz ao escrever o prefácio da 2ª edição desse livro, especificamente ao afirmar, com todas as letras, que a Constituição Dirigente teria “morrido”. É certo que, em discursos posteriores, o jurista português tentou amenizar os impactos que seu já famoso prefácio acarretou, alertando que sua tese sobre o dirigismo constitucional foi escrito em um contexto histórico substancialmente diferente da que se vive hoje. Em um simpósio promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Canotilho explica, através de vídeo-conferência, que o conteúdo jurídico da sua tese permanece íntegro, tendo apenas modificado o eixo normativo: antes os programas eram ditados pela Constituição; agora, pelo Direito Comunitário Europeu. (cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003). Sendo assim, as observações feitas por Canotilho no referido prefácio não se aplicariam adequadamente ao constitucionalismo brasileiro, já que, aqui, ainda não há a supremacia do direito internacional/comunitário sobre o direito interno. De qualquer modo, a estrutura ambígua do texto utilizado no prefácio não deixa de ser um “prato cheio” para os que, influenciados pela ideologia neoliberal, defendem a desconstitucionalização e desregulação dos direitos sociais, econômicos e culturais, mesmo sendo totalmente diversas as realidades portuguesa e brasileira.

*Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, de Luís Roberto Barroso; *Desenvolvimento e Efetivação das Normas Constitucionais*, de Sérgio Fernando Moro; o capítulo 17 (A interpretação dos Direitos Fundamentais), do *Curso de Direito Constitucional*, de Paulo Bonavides.

Tendo em vista os limites teóricos do presente estudo, torna-se impossível e, de certo modo, desnecessário analisar cada uma dessas obras. Basta dizer que todas elas acentuam a força jurídica potencializada das normas definidoras de direitos fundamentais, apenas variando quanto à possibilidade de interferência judicial, concluindo, de um modo geral, que, dentro da “reserva do possível”, o cumprimento dos direitos sociais pelo Poder Público pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao cumprimento do direito fundamental em jogo, com vistas à máxima efetividade da Constituição.

Mais à frente, serão percebidas as implicações práticas do princípio da máxima efetividade ou máxima eficácia das normas constitucionais.

#### 4. Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 permitiu um avanço extraordinário na teoria jurídica dos direitos fundamentais. Esses direitos passaram, a partir da Lei Fundamental em vigor, a ocupar uma posição privilegiada dentro da ciência do direito. A eles foi reconhecida uma efetiva força jurídica e não apenas moral, simbólica ou política. E mais: a força jurídica é potencializada por se tratar de norma de hierarquia superior. A eles foi reconhecida uma aplicação direta e imediata (art. 5º, §1º, da CF/88), permitindo que o operador do direito, ao se deparar com uma situação em que esteja em jogo um dado direito fundamental, possa, ele próprio, criar meios de dar efetividade a esse direito, independentemente de existir norma infraconstitucional integradora e mesmo contra a norma infraconstitucional que esteja dificultando a concretização do direito. A eles foi dada uma abertura (art. 5º, §2º, da CF/88), de tal modo que é possível extrair direitos fundamentais mesmo fora do vasto elenco do art. 5º da Constituição. A eles foi dada uma posição topográfica de destaque dentro da Constituição, já que antes eram enunciados nos dispositivos finais do texto constitucional e agora se situam, em sua maioria, logo após os princípios fundamentais, mais precisamente no art. 5º. Foram conferidos instrumentos processuais adequados para proteger os direitos consagrados na Constituição, prevendo-se, inclusive, ações judiciais contra as omissões legislativas, através do mandado de injunção<sup>22</sup> e ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>23</sup>. Aos direitos fundamentais foi reconhecido um caráter de eternidade, tendo eles sido considerados cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inc. IV). Enfim: houve a nítida proposta de não apenas declarar os direitos fundamentais, mas, sobretudo, concretizá-los.

Uma interpretação meramente gramatical do art. 5º, §2º, e do art. 60, §4º, inc. IV, da CF/88, pode levar à conclusão de que tais dispositivos não se aplicam ao direito fundamental à saúde, nem a qualquer outro direito social, pois o dispositivo menciona apenas os direitos e garantias individuais, não englobando expressamente os direitos sociais.

Trata-se, porém, de uma análise equivocada do texto constitucional, pois é possível afirmar que todos os direitos fundamentais

---

<sup>22</sup> No que se refere a esse instrumento, a postura do Supremo Tribunal Federal, inicialmente, foi de igualá-lo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, o mandado de injunção que poderia ser uma arma eficiente de proteção aos direitos a prestações praticamente foi desmuniado: se antes era um potente obuseiro capaz de atingir plenamente os alvos pré-determinados, tornou-se, graças à interpretação tímida e covarde do STF, mera carabina de tiros de festim inofensivos. Porém, mais recentemente, em decorrência das severas críticas da comunidade jurídica, a Corte Máxima vem adotando uma postura menos conservadora no que concerne à força deste instrumento, possibilitando ao Poder Judiciário, de acordo com o caso concreto, suprir a omissão normativa, formulando, com efeito **inter partes**, a regra integrativa do comando constitucional.

<sup>23</sup> É óbvio que a existência desses instrumentos não pode impedir que as omissões constitucionais sejam corrigidas judicialmente nas vias ordinárias ou mesmo através de mandado de segurança ou processos coletivos.

possuem aplicação direta e imediata, bem como que todos os direitos fundamentais estão acobertados, em seu núcleo essencial, pela proibição de abolição pelo poder reformador<sup>24</sup>.

Não há dicotomia entre direitos individuais e direitos sociais, mas entre direitos individuais e direitos coletivos. Logo, não existe qualquer contradição em afirmar que um direito social pode se consubstanciar em um direito individual e que, por isso, há direitos sociais de cunho individual, como o próprio direito à saúde.

Além disso, somente pelo contexto histórico há sentido em distinguir os direitos civis e políticos, que poderiam ser chamados de “individuais”, dos direitos sociais, econômicos e culturais. Do ponto de vista estrutural e funcional, todos esses direitos se equivalem e se completam, de forma que seria estranho defender, por exemplo, que o direito à vida não pode ser suprimido da Constituição, mas o direito à saúde sim.

Finalmente, o art. 5º, §2º, da CF/88, determina expressamente que direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte<sup>25</sup>. Assim, não são apenas os direitos do art. 5º que estão protegidos pela cláusula de imutabilidade ou pela garantia de aplicação direta e imediata, mas todos aqueles dotados de *fundamentalidade*<sup>26</sup>. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que o princípio da anterioridade tributária, que se encontra no art. 150, inc. III, *b*, da CF/88, portanto, fora do art. 5º, também não poderia ser suprimido pelo poder constituinte derivado (ADIn 939-DF), tendo em vista a proibição do art. 60, §4º, inc. IV.

Dizer também que os direitos sociais não possuem (ou não podem possuir) aplicação direta e imediata por não estarem elencados no art. 5º é um argumento que, apesar de razoável, não convence, principalmente se for levado em conta que a aplicação direta e imediata decorre do princípio da máxima efetividade, que é inerente a qualquer norma constitucional, sobretudo as definidoras de direito.

É nítido que o constituinte teve uma deliberada intenção de entronizar e levar a sério os direitos fundamentais sociais, o que acarretou e está acarretando avanços fenomenais na chamada hermenêutica constitucional.

---

<sup>24</sup> Nesse sentido, entre outros, SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

<sup>25</sup> A professora Flávia PIOVESAN defende, em sua tese de doutorado, que os tratados internacionais de direitos humanos teriam a hierarquia semelhante a das demais normas constitucionais. Além disso, por força do art. 5º, §2º, da CF/88, a incorporação desses tratados ocorreria através de simples ratificação, sendo desnecessária a aprovação legislativa (**Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996).

<sup>26</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 78/80.

Consolidou-se a mentalidade de que não são os direitos fundamentais que giram em torno da lei, mas a lei que deve girar em torno dos direitos fundamentais. Isso significa que a concretização dos direitos fundamentais deve ser buscada mesmo contra a vontade da lei ou na ausência desta.

Os Tribunais pátrios gradualmente vão compreendo a importância da hermenêutica constitucional para a solução dos casos concretos envolvendo direitos fundamentais. Obviamente, ainda existem muitos posicionamentos ultrapassados ainda sendo aplicados, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal que, por exemplo, ainda insiste em classificar as normas constitucionais como auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis, admitindo, anacronicamente, a existência de normas constitucionais destituídas de aplicabilidade.

No entanto, os avanços são animadores, sobretudo no que se refere especificamente ao direito à saúde. São muitos os casos em que os tribunais pátrios resolveram tomar uma postura ativa na concretização desse direito, atuando, muitas vezes, ao léu das normas infraconstitucionais.

Antes, porém, de analisar a atuação judicial, é preciso conhecer os dispositivos constitucionais que tratam da saúde, a fim de verificar até que ponto o poder constituinte se preocupou em fazer valer esse direito.

#### **4.1. A Saúde na Constituição de 1988**

Todas as Constituições passadas tiveram normas tratando da saúde, geralmente com o intuito de fixar competências legislativas e administrativas. Contudo, a Constituição de 1988 foi a primeira a levar realmente a sério a saúde, tratando-a como direito fundamental, demonstrando com isso uma fina sintonia entre o texto constitucional e as principais declarações internacionais de direitos humanos.

São diversos os dispositivos constitucionais que tratam expressamente da saúde, tendo sido reservado, ainda, uma seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social.

O art. 6º informa que a saúde é um direito social.

No artigo 7º, há dois incisos tratando da saúde: o IV, que determina que o salário-mínimo deverá ser capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, entre outras, e o XXII, que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

De acordo com o art. 23, inc. II, a União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde.

Pelo artigo 24, inc. XII, a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Ressalte-se que os Municípios, por força do art. 30, inc. I, também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde, no atual estágio, está, em grande parte, municipalizada.

O art. 30, inc. VII, confere aos Municípios a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Por força da Emenda Constitucional 29, de 13/9/2000, foi acrescentada a alínea “e” ao inc. VII, do art. 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

A mesma Emenda Constitucional, modificando o inc. III, do art. 35, previu a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, na hipótese de não ser aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Ressalvou-se, ainda, por força da EC 29/00, que a vinculação de receitas de impostos não se aplica à destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, inc. IV).

De acordo com o artigo 196, a saúde passou a ser considerada como 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.

O artigo 197 reconheceu que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei<sup>27</sup>, 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. Ressalve-se que o art. 129, inc. II, atribui ao Ministério Público a função de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos garantidos na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, o que denota

---

<sup>27</sup> Atualmente, a Lei 8.080/90 fornece a regulamentação geral do sistema nacional de saúde.

a preocupação do constituinte em dar efetividade ao direito à saúde, já que o considerou expressamente como um serviço de relevância pública.

O art. 198 formulou a estrutura geral do sistema único de saúde, considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade. Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados e dos Distritos Federais e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º).

Pelo art. 199, foi facultada à iniciativa privada a assistência à saúde, podendo as instituições privadas participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as em fins lucrativos (§1º), vedando a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (§2º), bem como a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (§3º).

O artigo 200 enumera, não exaustivamente, as atribuições do sistema único de saúde, a saber: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O art. 208, inc. VII, inclui a assistência à saúde entre os programas destinados a suplementar a educação no ensino fundamental.

O art. 220, §3º, inc. II, prevê a possibilidade de, através lei federal, ser restringida a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

O art. 227 determina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, entre outros, o direito à saúde. O §1º desse artigo prevê a participação de entidades não-governamentais na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do

adolescente, determinando ainda a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil (inc. I).

Por fim, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias também possui algumas regras tratando da saúde, como a do art. 53, inc. IV, que assegura aos ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial e seus dependentes a assistência médica e hospitalar gratuita, e outras regras que, em geral, prevêm percentuais mínimos de alocação de recursos para o setor de saúde (art. 55, 77 e outros) ou tratam do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza, criado pela Emenda Constitucional n. 31, de 14/12/2000, que tem como objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Como se observa, muitas são as normas constitucionais que tratam, diretamente, da saúde, o que demonstra a preocupação do poder constituinte, inclusive o derivado, em dar plena efetividade às ações e programas nessa área.

Todas essas normas possuem, em maior ou menor grau, eficácia jurídica e podem ser utilizadas para fundamentar pedidos ou decisões em que esteja em jogo a realização do direito à saúde. São amplas as possibilidades de concretização judicial desse direito, sobretudo se estiver sempre em mente o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Há, porém, limites, pois, em uma democracia, não há direitos absolutos.

O dilema do juiz, ao decidir um caso envolvendo a aplicação do direito à saúde, é extrair da norma constitucional sua máxima eficácia jurídica sem ultrapassar os limites que lhes são impostos. Esses limites são basicamente três, que se interagem e se completam: a reserva de consistência, a reserva do possível e o princípio da proporcionalidade.

Antes, porém, de analisar cada um desses limites é preciso verificar alguns aspectos que freqüentemente têm sido invocados para impedir uma atuação judicial mais ativa na concretização de políticas públicas.

## 5. Pseudo-Limites da Concretização Judicial do Direito à Saúde

### 5.1. A Vagueza do Conteúdo da Norma

O fato de as normas constitucionais consubstanciarem, geralmente, conceitos bastante vagos e princípios que, por natureza, são pouco densos, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio democrático, entre outros, é freqüentemente invocado para impedir a atuação judicial na concretização de direitos garantidos constitucionalmente.

Sustenta-se que o Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para verificar a melhor forma de implementação de políticas públicas e que, por isso, é melhor deixar a densificação das normas constitucionais apenas para o legislador e para o administrador, cabendo ao Judiciário apenas fiscalizar a execução do que estiver previsto em lei. Sem lei integradora não haveria possibilidade de prestação da tutela jurisdicional, cabendo ao juiz simplesmente declarar que a norma constitucional não seria “auto-aplicável”.

Já se afirmou, inclusive, que o art. 5º, §1º, da CF/88, que prevê a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, é destituído de qualquer significado prático, pois apenas poderiam ter aplicação imediata “*as normas completas, suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo, para que possam ter a plenitude da eficácia*”<sup>28</sup>.

Esse entendimento, contudo, retira todo o significado da norma constitucional que atribui ao Poder Judiciário a responsabilidade pela “guarda da Constituição” (art. 102, da CF/88) e, conseqüentemente, pela preservação de sua supremacia hierárquica, bem como da norma que determina que as ameaças ou lesões a direitos não serão excluídas da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88).

Em nenhuma hipótese, o Judiciário pode ficar impotente diante de um manifesto desrespeito à Constituição, seja por ação ou por omissão do legislador ou administrador inoperantes.

Não há qualquer sentido em se criar uma barreira intransponível para a prestação da tutela jurisdicional tão-somente em razão da vagueza de termos escolhidos pelo constituinte. Do contrário, também seria vedado ao Judiciário julgar casos em que os conceitos escolhidos pelo legislador também não são precisos, o que ocorre freqüentemente no direito administrativo, cujas normas são abundantes em pautar a conduta do

---

<sup>28</sup> Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 296.

administrador com base nos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”<sup>29</sup>.

Se até no direito penal, em que o princípio da legalidade exige a descrição minuciosa do tipo legal, existem conceitos vagos (“mulher honesta”, “motivo torpe”) que não impedem o juiz de aplicar a norma inclusive para incriminar, não há motivos para não aceitar a aplicação de dispositivos constitucionais, por mais vagos que sejam os termos escolhidos pelo constituinte.

Nesse sentido, assim discorreu Marcos Masseli GOUVÊA:

“Do ponto de vista estritamente gramatical, é inegável que o art. 196 da Constituição possui pouca densidade, na medida em que deixa de definir aspectos importantes do direito que parece instituir: sujeito passivo, prioridades, extensão da saúde assegurada, custeio etc. Entretanto, como salientado linhas acima, é possível sustentar-se, na esteira dos ensinamentos de Canotilho e Ingo Sarlet, que **mesmo normas *prima facie* programáticas podem ter um núcleo jurídico-positivo**: embora não se possa obter do Estado uma prestação determinada, pode-se exigir que ao menos alguma atitude, dentre as eficazes, seja tomada diante de um certo problema de saúde. Existindo apenas uma opção de atuação eficaz, que permita a melhoria das condições de saúde ou a manutenção da vida da pessoa interessada, é esta mesma a conduta que deve ser adotada pelo poder público”<sup>30</sup>.

Além disso, a Lei 8.080/90, ao traçar os princípios basilares do sistema nacional de saúde, considerando a saúde como direito fundamental (art. 2º), e fornecendo as diretrizes gerais para a prestação dos serviços de saúde, densifica bastante o texto constitucional, não podendo, portanto, o órgão jurisdicional se negar a concretizar o direito à saúde sob a alegativa de pouca densidade da norma.

---

<sup>29</sup> Ressalta-se que, em relação ao controle de “conceitos jurídicos indeterminados”, o próprio Supremo Tribunal Federal já evoluiu a ponto de, por exemplo, admitir a fiscalização judicial dos requisitos de “relevância” e “urgência” para a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República, ao reconhecer que não havia urgência para edição de medida provisória ampliando o prazo para a propositura de ação rescisória em favor do Poder Público (ADIMC-1753/DF, rel. Ministro SEPULVEDA PERTENCE, 16/04/1998 - Tribunal Pleno, DJ DATA-12-06-98). Mesmo antes desse *leading case*, o STF já havia sinalizado no sentido da possibilidade do controle judicial dos requisitos da medida provisória, nunca indo, porém, além da mera previsão dessa possibilidade, reiterada nas ADIns n.º 1.130, 1.397 e 1.647, mas até então nunca concretizada.

<sup>30</sup> GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Rio de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: [http://www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc) (Consultado em 10.9.2002).

## 5.2. O Dogma da Vedação da Atuação do Juiz como Legislador Positivo

O dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo é freqüentemente invocado, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, como óbice de concretização de normas constitucionais pelo Judiciário. Eis em que consiste o dogma, nos termos do próprio Supremo Tribunal Federal:

“O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. - A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente

transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes”<sup>31</sup>.

Impede-se, com isso, que o juiz, mesmo verificando uma situação de inconstitucionalidade por omissão total ou parcial, em que uma determina lei confere direitos apenas a determinadas pessoas, excluindo outras em situação semelhante, sem um critério razoável para tanto, corrija a situação se para isso houver necessidade de ampliar a abrangência da norma.

O dogma ora analisado (vedação da atuação do juiz como legislador positivo) tem estreitas ligações com o princípio da separação de poderes e, do mesmo modo, com o princípio da reserva legal, que lhe é decorrente, razão pela qual, em princípio, haveria uma justificativa plausível para impedir que o Judiciário, substituindo o legislador, desse uma maior abrangência ao conteúdo legal do que foi originariamente conferido pelo Congresso Nacional.

No entanto, esse posicionamento merece ser revisto ou pelo menos atenuado, pois, como afirma Sérgio Fernando MORO:

“em Constituições meramente garantistas – como as que predominavam no século XIX e mesmo no início do século XX, nas quais os direitos fundamentais destinavam-se a proteger o cidadão contra determinadas intervenções do Poder Público -, fazia sentido assimilar a atividade do juiz constitucional à atividade de espécie de ‘legislador negativo’.

A partir do momento em que o texto constitucional passa a contemplar não só garantias já asseguradas, mas também promessas a serem implementadas, é necessário, para efetivo controle judicial, uma atuação diferenciada do juiz constitucional, habilitando-o a obrigar o poder político a agir ou a, ele mesmo, desenvolver, em caráter substitutivo e de alguma forma, as normas constitucionais.

(...)

A eficácia da jurisdição constitucional será comprometida caso seja atribuído ao juiz função meramente negativa.

Se o juiz constitucional não tiver meio para forçar a ação dos demais poderes constituídos para o cumprimento da Constituição ou não tiver meio para atuar supletivamente, então não exercerá a guarda da Constituição relativamente às

---

<sup>31</sup> RE 322348 AgR/SC.

normas constitucionais cuja implementação demanda ação, e não omissão do Estado”<sup>32</sup>.

Desse modo, ficando patente a violação ao princípio da isonomia, é injustificável não permitir que o Judiciário corrija essa situação, desde que se observem os limites da reserva de consistência e da reserva do possível, que adiante serão analisados.

Nesses casos, o juiz não estará invadindo as atribuições do legislador, até porque a sua decisão não terá caráter abstrato e geral, mas concreto e específico àquela hipótese em que ele foi chamado a intervir. O que não pode é ficar de braços cruzados diante de uma inconstitucionalidade: ou a situação é inconstitucional, e merece correção judicial, ou não é inconstitucional. Além disso, o juiz, ao dar maior abrangência ao conteúdo da norma, não está agindo diferentemente do que quando aplica a integração analógica ou a interpretação extensiva.

De qualquer modo, mesmo que não se admita a superação desse dogma, o certo é que ele somente poderia ser invocado em casos em que incide o princípio da estrita reserva legal, como o direito penal<sup>33</sup>, tributário ou administrativo<sup>34</sup>, pois, nesses casos, há uma exigência de lei decorrente da própria Constituição.

No caso do direito à saúde, o art. 6º, e o art. 196, da CF/88, não submetem a matéria ao princípio da reserva legal.

Desse modo, é possível que o Judiciário atue positivamente, corrigindo as situações de inconstitucionalidade de omissão parcial envolvendo o direito à saúde, com base nos princípios da máxima efetividade do direito fundamental e da igualdade, aqui compreendida em seu sentido formal e material.

---

<sup>32</sup> **Jurisdição Constitucional como Democracia.** Tese de Doutorado, p. 71 e 190. Mais à frente, há um argumento ainda mais convincente para permitir a atuação positiva do juiz: “Em toda Constituição escrita existe o princípio implícito de que qualquer comportamento a ela contrário reveste-se de ilicitude, o que decorre de sua própria supremacia. Se se tratar de inconstitucionalidade por ação, o princípio exige a invalidação retroativa do ato ilícito, salvo se existirem razões superiores em sentido contrário. Se se tratar de inconstitucionalidade por omissão, o princípio exige o seu suprimento, nas mesmas circunstâncias. Como a Constituição brasileira atribui ao Judiciário o controle da atividade dos demais poderes constituídos, o princípio exige que, em um e outro caso, a referida instituição tome as providências cabíveis para preservar a força normativa da ordem constitucional. O juiz tem, diante de casos concretos, o dever geral de dizer o Direito aplicável, mesmo que para isso seja necessário invalidar ato legislativo inconstitucional ou suprir omissão legislativa da mesma natureza” (p. 193).

<sup>33</sup> Mesmo em matéria penal é possível citar um caso em que o Supremo Tribunal Federal agiu como “legislador positivo”, embora inconscientemente. Tratava-se das hipóteses de legitimação ativa para a propositura da ação penal nos casos de ofensa dirigido contra funcionário público em razão de seu ofício (ofensa “propter officium”). O Supremo Tribunal Federal entendeu que a ação penal nesses casos poderia ser iniciada pelo próprio ofendido, apesar de o Código Penal a qualificar de pública condicionada (Inq. 726).

<sup>34</sup> Ao julgar o RMS nº 22.307/DF, o Supremo Tribunal Federal, sem levar em conta o dogma do legislador positivo, deferiu aos servidores públicos civis a extensão do reajuste de 28,86% previsto nas Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93, concedida aos militares, por força do inciso X do artigo 37 da Constituição Federal.

Como se verá, são bastante comuns os casos em que o Judiciário, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, atua à margem da lei para conferir aplicabilidade ao direito à saúde. Pelo menos nesses casos, felizmente, o dogma da vedação da atuação do juiz como legislador positivo não tem sido óbice à efetivação de uma norma constitucional.

### 5.3. A Necessidade de Previsão Orçamentária para Realização de Despesas Públicas

A Constituição Federal de 1988 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, inc. I), a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inc. VI).

Percebe-se, portanto, que houve uma preocupação do constituinte em planejar todas as despesas realizadas pelo Poder Público.

Levando-se ao extremo a exigência de previsão orçamentária para a realização de qualquer despesa, a concretização judicial de normas que implicassem gastos de verbas públicas poderia ficar inviabilizada diante da ausência de previsão orçamentária. Em outras palavras: se não houvesse previsão na lei do orçamento anual, o juiz não poderia ordenar ao Poder Público uma obrigação de fazer que implicasse em gasto de dinheiro público, nem mesmo poderia determinar a alocação de recursos financeiros para atender despesas pontuais, pois a matéria orçamentária é submetida à reserva legal, não possuindo o Judiciário função legislativa nessa área.

Logicamente, esse entendimento não pode prevalecer, sob pena de tornar inútil a tutela jurisdicional contra o Poder Público.

A necessidade de previsão orçamentária para realização de despesas públicas é regra dirigida essencialmente ao administrador, não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito para concretizar uma outra norma constitucional, através de uma simples ponderação de valores. Não fosse assim, o magistrado não poderia determinar, por exemplo, a concessão de um benefício previdenciário negado administrativamente a quem possuísse o direito, caso a despesa para a implementação do benefício não estivesse expressamente prevista no orçamento, nem poderia suspender a exigibilidade de um tributo inconstitucional, pois a receita estaria prevista no orçamento.

É óbvio, portanto, que não há vedação para que o juiz ordene ao Poder Público a realização de despesas para fazer valer um dado direito constitucional, até porque as normas em colisão (previsão orçamentária *versus* direito fundamental a ser concretizado) estariam no mesmo plano hierárquico,

cabendo ao juiz dar prevalência ao direito fundamental dada a sua superioridade axiológica em relação à regra orçamentária.

Nesse sentido, o Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Pet. 1.246-SC, ponderou que

“entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana”<sup>35</sup>.

Um outro ponto que surge em razão da necessidade de previsão orçamentária para a realização de despesas públicas é a de saber se poderia o Poder Público negar-se a cumprir a ordem judicial sob o fundamento de que não há previsão orçamentária.

A resposta é negativa, sem dúvida.

O tema, aliás, já foi objeto de análise de juristas da lavra de Eros Roberto GRAU<sup>36</sup> e Ives Gandra MARTINS<sup>37</sup>, ao responderem uma consulta formulada por Gilmar Ferreira Mendes, quando este ainda era Consultor-Geral da União. Ambos chegaram à conclusão de que, havendo conflito entre o princípio da legalidade das despesas públicas e o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário, deve prevalecer o cumprimento da ordem judicial em qualquer hipótese, salvo se não houver

---

<sup>35</sup> O Promotor de Justiça e Mestre em Direito Público pela UERJ Marcos Masseli GOUVÊA critica o posicionamento extremista do Ministro Celso de Mello. De acordo com seu entendimento, “atividade burocrática que cerca a implementação do fornecimento estatal de medicamentos (notadamente aquela ligada à previsão e ao controle orçamentários), de fato, pode ceder espaço a outras normas sobranceiras (prioritárias por imperativo constitucional ou jusfundamental) quando de sua aplicação, mas nem por isso deve ser considerado um ‘problema secundário’ ou burocrático. O tom do aresto coligido, porém, parece olvidar que o orçamento público, ele também, é algo ‘previsto constitucionalmente’, correspondendo aos importantes imperativos de transparência e racionalização da gestão financeira” (GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Rio de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: [http://www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc) (Consultado em 10.9.2002).

<sup>36</sup> GRAU, Eros Roberto. *Despesa Pública. Conflito entre Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas. O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública*. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, 1993.

<sup>37</sup> MARTINS, Ivens Gandra da Silva. *Ordem Judicial de Pagamento – Ausência de Recursos Orçamentários – Teoria de Impossibilidade Material*. In: **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, 1992.

condições materiais de obedecer a decisão, em razão da absoluta exaustão orçamentária, que deve ser devidamente comprovada.

Embora a ausência de previsão orçamentária não seja limite à atuação judicial, é inegável que, ao decidir, o juiz não pode ficar totalmente indiferente quanto aos impactos orçamentários de sua decisão, já que uma ordem judicial demasiadamente onerosa poderá inviabilizar o funcionamento de todo o aparelho administrativo; porém, nesse ponto, não é a necessidade de previsão orçamentária que estará limitando a atividade judicial, mas o princípio da proporcionalidade, a reserva de consistência e a reserva do possível, que são os verdadeiros limites à atuação judicial em matéria de efetivação de normas constitucionais.

Em síntese, pode-se concluir que a necessidade de previsão orçamentária não pode servir de óbice à concretização judicial do direito à saúde, mesmo que seja necessária a realização de despesas públicas.

#### 5.4. A Discricionariedade da Administração

É vetusto o entendimento de que não cabe o controle judicial dos atos administrativos discricionários. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência tradicionais informam que esses atos administrativos só podem ser questionados judicialmente em seus aspectos de legalidade (aspectos formais de validade). Portanto, dentro da área legalmente aberta da "conveniência" e "oportunidade", o administrador seria livre para agir da forma como bem entendesse, desde que, obviamente, não ultrapassasse a barreira imposta pela lei. Haveria, com isso, uma limitação às possibilidades de concretização judicial de normas constitucionais, em especial as que envolvem a saúde, já que são amplas as medidas normativas e administrativas que podem ser adotadas, e ao administrador caberia escolher as medidas que bem entendesse para atingir o objetivo constitucional.

O posicionamento doutrinário e jurisprudencial mais recente, no entanto, como decorrência da ascensão do Judiciário como verdadeiro poder constituído, alarga ainda mais o campo de abrangência do controle judicial dos atos administrativos, inclusive os discricionários. Diz-se, com isso, que o administrador não tem apenas o dever jurídico da boa administração (agindo em observância da legalidade), mas o da *melhor administração para atingir a finalidade pública* (dentro do critério de moralidade e eficiência).

Ao afirmar que o administrador tem o dever de adotar a melhor solução entre as possíveis, não implica dizer que a discricionariedade não mais existe. Claro que não. Ainda há a discricionariedade, mas ela é restrita ao plano normativo, abstrato. Explica-se.

Abstratamente, o comando da norma permite ao Administrador adotar inúmeras soluções a uma determinada situação fática, todas elas "legalmente" possíveis: agir ou não agir, agir de tal ou qual forma, agir em tal ou qual momento *etc.* No entanto, descendo do plano abstrato ao caso concreto, o administrador terá o dever jurídico de praticar "*não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*"<sup>38</sup>.

Se, no caso concreto, for possível verificar que o administrador não agiu da melhor forma possível, não importando que a norma haja conferido liberdade para o administrador praticar o ato tal ou qual, aí então o Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, poderia controlar a validade desde ato, inclusive no que se refere aos pressupostos do próprio mérito. Por outro lado, caso não se possa aferir qual é a solução ótima, em outras palavras, se não for possível *provar ou demonstrar* que o administrador não agiu da melhor forma possível, como, por exemplo, nos casos de elaboração de políticas públicas de certa complexidade, faleceria ao Poder Judiciário legitimidade para controlar a validade ou não do referido ato, vez que aí incidiria a "reserva de consistência", cujo significado será visto oportunamente.

Assim, a discricionariedade do administrador seria "*pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de Direito*"<sup>39</sup>. Em outros termos: "*em quaisquer outros casos nos quais a mente humana possa acordar em que diante do caso concreto uma só conduta era razoavelmente admissível para satisfazer a finalidade legal, só ela poderia ser adotada*"<sup>40</sup>.

Essa nova mentalidade acarreta uma profunda intensificação no controle jurisdicional da validade dos atos discricionários. As novas funções agora atribuídas aos magistrados, com uma participação política ativa na solução dos problemas sociais e econômicos, fazem com que o controle dos atos administrativos sejam fiscalizados em todos os aspectos e não apenas quanto à forma. Pode-se, inclusive, chegar ao ponto extremo de substituir o conteúdo do ato por outro indicado judicialmente<sup>41</sup>, proporcionando a prestação jurisdicional sempre que esteja diante de uma lesão ou ameaça a direito.

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal,

"é preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal

<sup>38</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 33.

<sup>39</sup> Idem, p. 43.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>41</sup> Cf. MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Judicial da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 176.

e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo"<sup>42</sup>.

No caso das políticas em saúde, mesmo reconhecendo as múltiplas possibilidades de atuação legislativa e administrativa, é de se admitir que, em certas situações, será bastante delimitada a fixação da conduta a ser adotada pelos Poderes Públicos a fim de realizar o objetivo constitucional. Por exemplo, se a proliferação de uma doença endêmica ou epidêmica somente pode ser prevenida através do fornecimento de uma dada vacina, a conduta devida será precisamente uma ampla campanha de vacinação, já que não haverá ações alternativas a serem tomadas<sup>43</sup>. No caso da dengue, outro exemplo, a melhor política será a baseada em campanhas educativas de modo a esclarecer as formas de eliminação de focos domiciliares do mosquito<sup>44</sup>.

Por outro lado, haverá determinadas situações, de alta complexidade, em que será bastante limitada a possibilidade de o Judiciário desenvolver e efetivar o direito à saúde. Mas, nesses casos, é a “reserva de consistência” que estará impedindo a atuação judicial e não a impossibilidade de controle jurisdicional dos atos discricionários.

De qualquer modo, mesmo nesses casos em que há dificuldade em se estabelecer a melhor política ou estratégia para proteger o direito à saúde, é certo que o órgão responsável deve adotar um meio que torne efetivo esse direito e, no caso de existir apenas um meio, deve ser escolhido precisamente esse meio e, no caso de inércia, caberá ao Judiciário suprir a omissão.

### 5.5. A natureza meramente programática dos direitos sociais

Durante muito tempo, foi totalmente afastada a força jurídica das normas constitucionais garantidoras de direitos sociais. Alegava-se que tais normas seriam meramente programáticas, destinadas exclusivamente ao Executivo e ao Legislativo, e somente a eles competiria a tarefa de dar-lhes efetividade. Assim, sem a intervenção dos órgãos políticos (Executivo e Legislativo), a norma puramente programática não teria efetivação no mundo

<sup>42</sup> MS-20999 / DF, Pleno, Relator Ministro CELSO DE MELLO DJ 25-05-90 PG-04605.

<sup>43</sup> Cf. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002, p. 126.

<sup>44</sup> Cf. GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Rio de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: [http://www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc) (Consultado em 10.9.2002).

real<sup>45</sup>, não podendo ser invocada nos Tribunais para qualquer efeito, pois delas não emanariam direitos nem pretensões jurídicas.

Considerando o discurso que vem sendo exposto neste trabalho, é fácil perceber que essa tese é ultrapassada. Primeiramente, porque os direitos sociais não são normas meramente programáticas. Em segundo lugar, porque, mesmo que os direitos sociais fossem considerados normas programáticas, houve uma evolução quanto à força jurídica das normas dessa espécie, de tal sorte que, hoje, mesmo as normas ditas programáticas possuem força jurídica suficiente para permitir a atuação judicial em uma situação de violação por ação ou omissão do Legislador.

Noberto BOBBIO, após analisar os fatores que dificultam a efetivação ou aplicação das normas jurídicas referentes aos direitos humanos, com um pouco de ironia e perplexidade, questiona:

“O campo dos direitos do homem - ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem - aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente nos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem **hic et nunc**, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados **sine die**, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de ‘direito?’”<sup>46</sup>

Considerar que um direito fundamental social constitui mera exortação moral para o Poder Público, ficando ao léu das veleidades deste a efetivação desse ‘pseudo-direito’, seria o mesmo que dizer que a Constituição não é a Lei Fundamental do país, com hierarquia normativa suprema. Além disso,

“ou o direito é fundamental, e como tal deve ser protegido e efetivado, ou não o é, e então é aceitável que fique à

<sup>45</sup> Esse ponto de vista é defendido, por exemplo, por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Aplicabilidade das Normas Constitucionais, p. 224. In: SARAIVA, Paulo Lopo. **Antologia Luso-Brasileira de Direito Constitucional**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda, 1992, p. 213/224.

<sup>46</sup> BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 8ª ed, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 77/78.

disposição do legislador. É contraditório conceber direitos fundamentais como dependentes de ação legislativa. Não se aceita aqui, jurídica ou politicamente, categoria de direitos fundamentais destituída de aplicabilidade<sup>47</sup>.

Nesse sentido, sintetizando o posicionamento do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, em acórdão de 29 de janeiro de 1969, Eros Roberto GRAU explica que:

“a) quando a teoria sobre normas constitucionais programáticas pretende que na ausência de lei expressamente reguladora da norma esta não tenha eficácia, desenvolve uma estratégia mal expressada de não vigência (da norma constitucional), visto que, a fim de justificar-se uma orientação de política legislativa – que levou à omissão do Legislativo – vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição;

b) o argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência da função constituinte ao Poder Legislativo, eis que a omissão deste retiraria de vigência, até a sua ação, o preceito constitucional;

c) não dependendo a vigência da norma constitucional programática da ação do Poder Legislativo, quando – atribuível a este a edição de lei ordinária -, dentro de um prazo razoável, não resultar implementado o preceito, sua mora implica em violação da ordem constitucional;

d) neste caso, tal mora pode ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, competindo a este ajustar a solução do caso *sub judice* ao preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais<sup>48</sup>.

Dessa forma, deve ser afastado o argumento de que o Judiciário não pode dar efetividade a um direito social se não houver legislação integradora. O juiz, ao sentenciar um caso envolvendo a aplicabilidade de direitos sociais, deve encontrar meios de tornar a norma constitucional eficaz, efetiva e exequível e não, comodamente, negar-se a cumprir os mandamentos constitucionais sob o argumento de que não existe legislação integradora dispendo sobre a matéria. Há bastante tempo não se

<sup>47</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Tese de Doutorado, 2002, p. 202.

<sup>48</sup> GRAU, Eros Roberto. *Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 2ª edição: resenha de um prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição Dirigente**, São Paulo: Renovar, 2002.

admite mais a invocação do *non liquet*<sup>49</sup>, de tal modo que o juiz, desde que presentes as condições da ação, deve se pronunciar sobre o mérito da pretensão posta a julgamento.

### 5.6. A impossibilidade do controle judicial das questões políticas

Também é freqüentemente invocada como limite de atuação judicial a impossibilidade do controle jurisdicional das chamadas “questões políticas”. Defende-se que, em nome do princípio da separação entre os poderes, não poderia o Judiciário fiscalizar os atos políticos praticados pelo Executivo e Legislativo. Assim, por exemplo, tendo em vista que a concretização do direito à saúde envolveria a escolha de políticas públicas de certa complexidade, não caberia ao Judiciário interferir na escolha dos órgãos políticos (Executivo ou Legislativo) e muito menos substituir a vontade política desses órgãos nessa matéria, sob pena de subverter os papéis conferidos pela Constituição às funções estatais, além de por abaixo todos os esforços organizacionais necessários a uma prestação dos serviços de saúde universal que a Constituição almejou que fosse baseada em um “sistema único”, ou seja, corretamente planejado, estudado e implementado<sup>50</sup>.

O que se disse a respeito do controle judicial dos atos discricionários pode ser aplicado aqui, porém é necessário algum complemento a fim de precisar melhor os limites da atuação judicial.

Inicialmente, embora se defenda que o campo de atuação judicial seja cada vez mais amplo, é inquestionável que ainda há “zonas de imunidade” impeditivas da fiscalização jurisdicional dos atos do poder público. Uma delas já se mencionou: não deve o Judiciário anular um ato administrativo “discricionário” quando não puder demonstrar o desacerto do referido ato.

---

<sup>49</sup> O termo "*non liquet*" vem da expressão latina *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum* (jurei que o assunto não estava claro, ficando, em consequência, livre daquele julgamento).

<sup>50</sup> Marcos Masseli GOUVÊA alerta que os magistrados não estão se preocupando com os impactos administrativos de suas decisões em matéria de fornecimento de medicamentos. Exemplifica dizendo que alguns medicamentos apenas podem ser fornecidos caso o doente encontre-se cadastrado junto a um centro de referência, a fim de que esses doentes sejam incluídos em um vasto programa, que inclui a prevenção, detecção precoce de enfermidades, o diagnóstico e o tratamento, evitando o uso mal-orientado do medicamento, além de permitir um perfeito mapeamento da demanda. Assim, ao determinar o fornecimento de medicamento sem observância do prévio cadastramento e sem impor a reposição do seu estoque, o magistrado estará impedindo uma melhor organização do sistema, além de deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência (GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Rio de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: [http://www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc) (Consultado em 10.9.2002)).

Além disso, ainda há determinados atos que, pela carga essencialmente política que contêm, não poderiam, em tese, ser submetidos ao crivo do controle judicial. Exemplo clássico seria a declaração de guerra pelo Presidente da República, em que seria extremamente perigosa, do ponto de vista da harmonia entre os poderes, uma fiscalização judicial da validade desse ato, até porque haveria sérios riscos de uma decisão nesse sentido não ser cumprida.

No caso do direito à saúde, embora seja inquestionável que há aspectos políticos, muitas vezes a matéria envolve aspectos técnicos, diminuindo bastante o campo de atuação do administrador e do legislador. Nesses casos, não pode o juiz deixar de prestar a tutela jurisdicional sob a escusa de que é a mera vontade política que deverá dar concretização à norma constitucional. Do contrário, o direito à saúde não passará de mera lírica constitucional.

Apesar disso, é importante reconhecer que o papel do Judiciário deverá ser meramente subsidiário: apenas quando os demais poderes falharem na sua função (agir mal ou não agir) deverá o juiz tentar, consistentemente, suprir as deficiências dos poderes políticos, agindo com extrema cautela para não ultrapassar os limites que lhes são impostos.

O ativismo judicial deve ser limitado apenas às hipóteses extremamente necessárias. Sempre que se puder resolver a questão através do diálogo com os órgãos políticos envolvidos, sem necessitar impor obrigações unilaterais, assim deve ser feito, no intuito de preservar a harmonia entre os poderes, até porque, em última análise, os encarregados naturais da formulação de políticas públicas são o Legislativo e o Executivo. Apenas quando esses poderes falharem em sua missão ou simplesmente forem inertes na adoção de medidas necessárias a cumprir as normas constitucionais, será justificável (legítima) uma intervenção do Judiciário, desde que seja possível demonstrar o desacerto do agir ou do não agir desses outros poderes.

O magistrado não deverá agir como uma espécie de “escudeiro solitário” na busca da concretização constitucional a qualquer custo. Antes, deverá ser um *parceiro de caminhada*<sup>51</sup> na busca da solução mais justa para todos os envolvidos no processo democrático constitucional.

---

<sup>51</sup> Cf. CARVALHO, Amilton Bueno. *O Papel dos Juízes na Democracia*, p. 370. In: **Revista da Ajuris**, n. 70, Porto Alegre: Ajuris, 1997.

## 6. Limites da Concretização Judicial do Direito à Saúde

Ao longo deste estudo, tem-se repetido inúmeras vezes que a saúde é um direito fundamental e que os direitos fundamentais, por decorrerem da Constituição, possuem um grau máximo de juridicidade e normatividade, razão pela qual a busca de sua efetividade deve se tornar quase uma obsessão do agente concretizador da norma constitucional. Apesar disso, é preciso reconhecer que essa concretização possui limites.

Inicialmente, há limites decorrentes da própria abrangência do direito à saúde, já que os direitos fundamentais, por natureza, são passíveis de limitações, inclusive pelo próprio legislador ordinário. Até valores a princípio absolutos, como a vida, podem sofrer limitações normativas, a ponto de se admitir a legítima defesa como excludente de antijuridicidade do crime de homicídio ou de se autorizar a pena de morte em caso de guerra, por exemplo.

A idéia de limitação de direitos fundamentais pode parecer estranha num primeiro momento, sobretudo quando a limitação é através de norma infraconstitucional. No entanto, torna-se mais fácil aceitar e entender a legitimidade e validade jurídica dessas limitações se ficar nítido que os direitos fundamentais possuem o caráter normativo de princípios e não de regras.

De acordo com ALEXY, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, na terminologia do referido jurista, *mandamentos de otimização*. As regras, por sua vez, são normas que funcionam na base do *tudo ou nada*: ou são inválidas ou são válidas. Sendo válidas, deve ser cumprido exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos<sup>52</sup>.

Para ficar mais clara a diferença entre regras e princípios, vale transcrever as palavras de CANOTILHO:

“os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como

---

<sup>52</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In: **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, 1999, pp. 74/75.

as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea da regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas)<sup>53</sup>.

Em face da estrutura principiológica dos direitos fundamentais, torna-se fácil perceber que esses direitos não são absolutos, pois eles se limitam entre si, sobretudo quando se está diante de uma Constituição como a brasileira, que, democraticamente, acolheu interesses até antagônicos de diversas classes sociais.

Assim, por exemplo, o direito de propriedade, que tem hierarquia constitucional, possui limitações no princípio de proteção ao meio-ambiente, que está consagrado em uma norma de mesma hierarquia jurídica. Portanto, o legislador ordinário, para regulamentar a norma que exige a proteção ambiental, pode, sem dúvida, restringir o exercício do direito de propriedade. Aliás, na prática, são inúmeras as leis nesse sentido.

Com relação ao direito à saúde, não é tão simples verificar as possibilidades de limitação normativa, pois, em regra, não há interesses contrários à cura de um indivíduo que padece de uma determinada doença e, desse modo, não haveria direitos fundamentais em estado de colisão. Ou seja, na grande maioria dos casos, há um interesse geral pela máxima efetivação do direito à saúde.

Há, porém, situações em que a vida de uma pessoa somente será salva com o sacrifício da saúde ou da própria vida de outra pessoa, como na hipótese de interrupção da gravidez que esteja pondo em risco a saúde da gestante. Nesse caso, é patente a colisão entre direitos fundamentais, sendo árdua a tarefa do juiz para escolher a solução justa. Também é patente a colisão entre direitos, quando o direito à vida de um doente está em jogo por motivos religiosos, como ocorre no exemplo clássico de pais, da religião "Testemunha de Jeová", que se negam a autorizar a transfusão de sangue nos filhos, mesmo que estes estejam à beira da morte, com base na interpretação

---

<sup>53</sup> **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1145/1146.

literal das Escrituras Sagradas (Levítico 17:10 e Atos 15:20), que desaconselham o consumo de sangue.

Para que sejam fixadas balizas seguras e objetivas para solucionar esses casos de colisão de direitos fundamentais, é preciso analisar o princípio da proporcionalidade, que é o primeiro limite à concretização judicial do direito à saúde.

### 6.1. A Proporcionalidade

Como se assinalou, os direitos fundamentais, dada a carga axiológica neles inseridas, típica de normas-princípios, vivem em um estado de tensão permanente, limitando-se reciprocamente. Ou seja: ora um prevalecerá em detrimento do outro, ora ocorrerá o contrário.

Por esse motivo, havendo uma colisão entre direitos fundamentais, é possível limitar o raio de abrangência de um desses direitos com base no princípio da proporcionalidade, visando dar maior efetividade ao outro direito fundamental em jogo. Serve, portanto, a proporcionalidade como critério de aferição da validade de limitações aos direitos fundamentais.

A doutrina, inspirada em decisões da Corte Constitucional Alemã, tem apontado três dimensões ou critérios do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade ou vedação de excesso e a proporcionalidade em sentido estrito. Será possível uma limitação a um direito fundamental se estiverem presentes na medida limitadora todos esses aspectos.

Esses critérios correspondem, respectivamente, às seguintes perguntas mentais que devem ser feitas para se analisar a validade de medida limitadora: a) o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?; b) o meio escolhido foi o 'mais suave' ou o menos oneroso entre as opções existentes? c) o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida limitou?

Sendo afirmativas todas as respostas, será legítima a limitação ao direito fundamental.

Como explica Willis Santiago GUERRA FILHO, que foi o primeiro jurista brasileiro a tratar da tripla dimensão do princípio da proporcionalidade, uma medida será adequada, *“se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”*<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989, p. 75.

Com base na proporcionalidade, por exemplo, é possível autorizar a transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, pois a vida, do ponto de vista constitucional, é um valor mais importante do que a religião. Assim, através de um sopesamento entre valores, deve-se preservar o valor vida, que constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais e, por isso, deve ocupar uma posição preferencial em relação a outros direitos<sup>55</sup>.

A proporcionalidade, na ótica do critério da estrita necessidade, também conhecido como princípio da vedação de excesso, é capaz de evitar abusos que possam em vir a ocorrer sob o fundamento do direito à saúde. Por exemplo, se um determinado tratamento médico pode ser feito no Brasil, a baixo custo, violaria o princípio da proporcionalidade uma medida que determinasse que esse tratamento fosse feito no exterior, acarretando uma maior onerosidade para o Poder Público. Também não seria razoável garantir um tratamento de alguém que esteja acometido de *stress*, às custas do Estado, em um determinado ‘SPA’ em Gramado ou Campos de Jordão<sup>56</sup>.

Do mesmo modo que o direito social à moradia, acrescentado ao texto do art. 6º, da CF/88, pela EC n. 26/2000, não implica na obrigação do Estado de conceder a cada cidadão uma cobertura duplex com vista para o mar, o direito à saúde não pode resultar em abusos. A proporcionalidade é capaz de impedir os exageros.

---

<sup>55</sup> Logicamente, a solução não é tão simples assim, mas, do ponto de vista do senso comum, parece ser essa a melhor conclusão que se pode chegar. Sendo possível uma “concordância prática”, ou seja, a harmonização entre os interesses em jogo, é inegável que a fé religiosa merece ser prestigiada. Assim, por exemplo, se houver meios alternativos à salvação da vida, igualmente satisfatórios, que não seja a transfusão de sangue, esses meios devem ser tentados antes de se violar a crença religiosa das Testemunhas de Jeová. Sobre o assunto, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Cautelar. Transfusão de sangue. Testemunhas de Jeová. Não cabe ao poder judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamento médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital é demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art-146, par-3, Inc-I, do Código Penal). Caso concreto em que não se verificava tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade pois aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a Carta das Nações Unidas, que precisam se sobrepor às especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com à vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la” (AC nº 595000373).

<sup>56</sup> Cf. TESSLER, Marga Inge Barth. *O Direito à Saúde como Direito e como Dever na Constituição Federal de 1988*, p. 198. in: **Revista Direito Federal** n. 67, Brasília: Ajufe, 2001, p. 189/218.

Outro exemplo pode ilustrar a utilização do princípio da proporcionalidade. Suponha-se que um paciente com problemas visuais pretenda se submeter a uma cirurgia de transplante de córneas. Como se sabe, existe uma “lista de espera” que deve ser observada para evitar favorecimentos, pois a disponibilidade de córneas é bastante limitada. Uma medida que determinasse ao Poder Público que procedesse a imediata cirurgia de um dado paciente, sem observância da ordem estabelecida, seria, certamente, desproporcional, pois o benefício alcançado com a medida sacrificaria o direito de inúmeros outros pacientes, numa odiosa ofensa à proporcionalidade em sentido estrito e da igualdade, que se acha intimamente ligado à noção de proporcionalidade.

A proporcionalidade também exige que a solução seja adequada. Não seria, por exemplo, adequada uma medida que proibisse o consumo de bebidas alcoólicas no carnaval com a finalidade de diminuir os casos de disseminação do vírus da AIDS, pois não há relação de causa e efeito entre álcool e disseminação do vírus da AIDS, vale dizer, não existe adequação entre o meio utilizado (proibição de venda de bebida alcoólica) e o fim visado (diminuição da disseminação do HIV)<sup>57</sup>. Inadequada, do mesmo modo, seria uma decisão judicial que obrigasse o Poder Público a fornecer um medicamento ineficaz a um paciente ou determinasse que o SUS arcasse com uma cirurgia imprópria ao tratamento de uma dada doença. A medida deve ser adequada e pertinente a atingir os fins almejados.

Como se pode perceber, o princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva) e proporcional em sentido estrito.

## 6.2. A Reserva de Consistência<sup>58</sup>

Segundo Sérgio Fernando Moro, “*não podem ser desenvolvidas e efetivadas normas constitucionais sem que o Judiciário reúna argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que pretende alcançar*”<sup>59</sup>. Desse modo,

<sup>57</sup> O exemplo é do professor Luís Roberto Barroso.

<sup>58</sup> O termo foi utilizado por Peter HÄRBELE, na sua obra **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997, p. 42.

<sup>59</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 90.

não sendo possível demonstrar o desacerto das escolhas tomadas pelos demais poderes, com base em dados concretos e não em mera preferência subjetiva do julgador, não poderia, por ausência de consistência, haver a intervenção judicial.

De acordo com o mesmo autor, “*o limite da reserva de consistência poderá impedir o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade*”<sup>60</sup>. Assim, não sendo atingida carga de argumentação suficiente para demonstrar o acerto da escolha política, recomenda-se a autocontenção, ou seja, deve-se reconhecer que, por não ter sido demonstrada a presença do vício de inconstitucionalidade do ato controlado, a demanda deverá ser julgada a favor do Poder Público, prestigiando, com isso, as soluções adotadas pelos demais poderes constituídos e, conseqüentemente, a harmonia entre os poderes.

A reserva de consistência implica, ainda, na necessidade de explicitação de todos os motivos que levaram o magistrado a tomar sua decisão, ampliando-se, ao máximo, a possibilidade de participação dos diversos segmentos sociais interessados nos resultados do julgamento, a fim de legitimar e democratizar cada vez mais o processo de concretização constitucional.

Em face do postulado da reserva de consistência, as razões de decidir deixam de ser meramente jurídicas, cabendo ao juiz buscar dados empíricos em outras ciências, inclusive requisitando informações de entidades públicas e privadas, no intuito de decidir a matéria do modo mais correto possível, aproximando-se ao máximo da “verdade material”. Isso porque, no desenvolvimento de normas de direitos fundamentais, é insuficiente o emprego de técnicas jurídicas de interpretação assentadas no simples exame de texto<sup>61</sup>.

O limite imposto pela reserva de consistência é de especial relevância em casos envolvendo a saúde, já que uma decisão precipitada, sem que sejam verificados todos os interesses em jogo, pode causar a própria ruína do sistema único de saúde, na medida em que os recursos financeiros destinados ao setor são escassos e podem não ser suficientes para o cumprimento da decisão judicial, especialmente se for verificada a repercussão que teria a decisão se fosse estendida a casos análogos.

Além disso, como o magistrado não possui conhecimentos de medicina ou gestão pública em saúde, é fundamental que sejam colhidas informações de especialistas na matéria antes da tomada de decisão<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Tese de Doutorado, 2002, p. 179.

<sup>61</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 534.

<sup>62</sup> A Suprema Corte Norte-Americana, por exemplo, ao analisar leis estaduais que criminalizavam indiscriminadamente a prática do aborto (Roe v. Wade, de 1973), serviu-se de amplos trabalhos e

A título ilustrativo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao analisar um caso de conversão de aposentadoria por tempo de serviço para aposentadoria por invalidez, aplicou adequadamente o postulado da reserva de consistência ao decidir a matéria. Confira-se trecho da ementa do acórdão:

“Inobstante pelo critério da New York Heart Association (NYHA) a cardiopatia, embora grave, situe-se na Classe II, o que, em princípio não seria motivo para considerá-la grave a teor da Portaria nº 2.142/FA-43 de 3-6-97 que estabelece normas para avaliação da incapacidade pelas juntas de inspeção de saúde das forças armadas, o fato é que, no caso, a própria perícia admite que, pelo critério do consenso nacional sobre cardiopatia grave (ABL-1993), a autora padece de cardiopatia grave e, ademais, o art. 186, par. 1o, da Lei 8.112/90 elenca, como causa para aposentadoria ou invalidez, ‘cardiopatia grave’ sem qualquer discrimen”<sup>63</sup>.

Outro exemplo de julgado que foi consistentemente fundamentado foi proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao determinar a substituição do inseticida DDT em campanhas de saúde pública, por serem nocivos ao homem e ao meio-ambiente, cujo acórdão tem, na parte em que interessa, a seguinte ementa:

“DIREITO AMBIENTAL. SUBSTITUIÇÃO DO INSETICIDA DDT EM CAMPANHAS DE SAÚDE PÚBLICA. LESIVIDADE DO PRODUTO AO HOMEM E AO MEIO AMBIENTE. SENTENÇA AMPARADA EM ESTUDOS TÉCNICOS DE ENTES PÚBLICOS NACIONAIS E ORGANISMOS INTERNACIONAIS. O inseticida DDT comprovadamente causa danos ao homem e ao meio ambiente. Estudos de órgãos estatais nacionais como Embrapa, Ministério da Saúde e Fundação Nacional de Saúde, bem como organismos internacionais como a Organização Mundial da Saúde, reconheceram

---

estatísticas médicas em sua argumentação, concluindo, com base nos dados consultados, que somente em certas circunstâncias seria lícita a proibição da prática do aborto, salvo quando este fosse necessário para preservar a vida e a saúde da gestante (Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 95).

<sup>63</sup> TRF 4ª Região, AC 256440/SC, 4ª Turma, Rel. Juiz Alcides Vettorazzi, DJU 20/6/2000, p. 376.

os malefícios presentes na utilização do produto em campanhas de saúde pública. Necessidade de substituição do produto a curto prazo frente à potencialidade do perigo representado pelo inseticida. Interesse público presente”<sup>64</sup>.

Nem sempre, porém, os tribunais pátrios analisaram corretamente matérias envolvendo a saúde, sendo possível encontrar registro de situações de preconceito e descaso para com a saúde, em razão de uma inadequada compreensão da matéria.

Nesse sentido, Marcelo MOSCOGLIATO critica uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Agr. 192.760-3) em que foi negado a um encarcerado, portador do HIV, o direito à visita íntima com sua companheira, também portadora do HIV, sob o argumento de que há “*risco de gerarem um ser humano já fadado à morte pela AIDS*”. Essa conclusão a que chegou o Tribunal, segundo o autor, além de discriminatória, não encontraria respaldo científico, tendo em vista a existência de medicamentos disponíveis capazes de reverter a contaminação pós-parto<sup>65</sup>.

É importante, também, permitir que entidades ligadas à saúde participem do processo de tomada de decisão. Os Conselhos Regionais de Medicina, os Conselhos de Saúde (Nacionais, Estaduais e Municipais), as Organizações Não-Governamentais, os médicos de um modo geral *etc* podem fornecer subsídios valiosos para o juiz, permitindo uma maior democratização na atividade jurisdicional. Quanto maior a participação de setores da sociedade no processo, maior será a possibilidade de acerto da decisão.

Nesse sentido, Peter Häberle, na obra *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: uma contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição*, defende que cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam valiosas forças produtivas da interpretação, cabendo aos juízes ampliar e aperfeiçoar os instrumentos de informação, especialmente no que se refere às formas gradativa de participação e à própria possibilidade de interpretação do processo constitucional<sup>66</sup>.

Embora tratando do controle concentrado de constitucionalidade, o Min. Celso de Mello, ao relatar a ADIn 2130/SC, compreendeu adequadamente a necessidade de se ampliar o rol de

<sup>64</sup> TRF 1ª Região, AC 1000036946/DF, Rel. Juiz Julier Sebastião da Silva, DJ 27/8/2001, p. 2595.

<sup>65</sup> MOSCOGLIATO, Marcelo. *Direito à Saúde e Tutela Antecipada*, p. 19. In: **Boletim dos Procuradores da República**, Brasília, 1998, pp. 18/20.

<sup>66</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 9/10.

participantes do processo decisório em questões constitucionais, conforme se pode observar no seguinte trecho:

“A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional”.

Ao longo de seu voto, o Ministro Celso de Mello argumenta que a pluralização do debate constitucional permitirá ao julgador dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, garantindo, assim, uma maior efetividade e legitimidade à decisão, que será enriquecida pelos elementos e pelo acervo de experiências que os participantes do processo poderão fornecer.

Percebe-se, portanto, que o postulado da reserva de consistência, paradoxalmente, amplia as possibilidades de atuação judicial, na medida em que permite um maior aprofundamento na matéria a ser decidida, e, ao mesmo tempo, limita a atividade do juiz, pois impede que ele desenvolva e efetive políticas públicas de certa complexidade.

Somente a prática judiciária, exercida com criatividade e ousadia, será capaz de fixar a extensão dos limites impostos pela reserva de consistência na concretização judicial do direito à saúde pelo Poder Judiciário.

### 6.2.1. A “reserva de coerência”

Pode-se afirmar que, em razão da reserva de consistência, surge uma outra imposição ao juiz na aplicação de normas constitucionais: o dever de coerência.

Trata-se de um clássico princípio de interpretação segundo o qual as situações semelhantes requerem soluções semelhantes.

Pode parecer desnecessário e estranho invocar essa tradicional regra hermenêutica neste trabalho em que se pretende apresentar soluções avançadas muito mais condizentes com o atual tratamento dispensado aos problemas constitucionais. No entanto, o dever de coerência pode servir como instrumento poderoso para frear ou pelo menos controlar a atuação judicial em um campo tão suscetível de arbitrariedades, que é a jurisdição constitucional<sup>67</sup>.

Ao se exigir que o magistrado manifeste expressamente quais os argumentos que o convenceram a tomar uma determinada decisão, pressupõe-se que, diante de um caso semelhante, em que os mesmos argumentos podem ser adotados, a solução será semelhante.

Na história recente da jurisdição constitucional brasileira, nem sempre há coerência nas decisões. É bastante comum um determinado tribunal reconhecer uma tese em uma situação e, posteriormente, em outra hipótese semelhante, a mesma tese é completamente esquecida ou mesmo refutada.

No âmbito do direito à saúde, é bastante comum presenciar situações de incoerência. Por exemplo, um mesmo tribunal entende que o direito à saúde é norma de obrigatoria observância, gerando o direito ao fornecimento de remédios por parte do Estado, mas, por outro lado, nega o direito ao tratamento de uma determinada enfermidade às custas do Poder Público, afirmando, incoerentemente, que o direito à saúde não tem o condão de gerar obrigações ao Estado.

Logicamente, às vezes, casos aparentemente semelhantes exigirão soluções diversas, em razão das peculiaridades de cada situação. No entanto, ainda assim é preciso coerência, cabendo ao órgão jurisdicional apontar as divergências que justificam a diversidade de soluções.

### 6.3. A Reserva do Possível

---

<sup>67</sup> Como bem observa Sérgio Fernando MORO ao longo de sua tese de doutorado, a jurisdição constitucional pode ou não ser democrática, dependendo do conteúdo de suas decisões. Assim, por exemplo, a chamada “Era Lochner”, na jurisdição constitucional norte-americana, apesar de extremamente conservadora, foi caracterizada por um forte “ativismo judicial”, utilizando frequentemente a cláusula do devido processo legal, em sentido substancial (razoabilidade), geralmente no intuito de invalidar normas que conferiam direitos aos trabalhadores.

O mais visível limite à atuação judicial é o postulado da reserva do possível. No entanto, é também o mais difícil de ser delimitado, sobretudo quando se trata da possibilidade financeira de cumprimento da ordem judicial.

Há, é óbvio, limites naturais decorrentes da reserva do possível. Por exemplo, seria irrealizável uma ordem de um juiz que determinasse que o Poder Público fizesse um paraplégico caminhar ou curar um paciente portador de uma enfermidade incurável.

Tirando esses casos em que é patente a impossibilidade de cumprimento da ordem, por impossibilidades naturais, não é tão simples verificar se a decisão está de acordo ou não com o postulado da reserva do possível, sobretudo quando se está diante da reserva do *financeiramente* possível.

Em geral, o magistrado não se preocupa com os impactos orçamentários de sua decisão, muito menos com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento. Esquece-se, porém, que os recursos são finitos.

Imagine-se, por exemplo, uma ordem judicial que, com base no direito à saúde, obrigasse um pequeno Município a construir um amplo hospital capaz de atender toda a sua população com os mais avançados equipamentos médicos. Certamente, uma decisão desse tipo acarretaria a total exaustão orçamentária do Município, a não ser que fosse consistentemente baseada em dados concretos que fossem capazes de garantir que existe dinheiro de sobra para a construção do hospital, o que, em última análise, faz retornar à reserva de consistência, que está intimamente ligada à reserva do possível.

É preciso cuidado, portanto, ao efetivar um direito fundamental que implique em grandes gastos financeiros aos poderes públicos.

Tratando-se, porém, de obrigação de fazer (construir um posto de saúde, fornecer medicamentos, realizar um tratamento médico *etc*) que esteja dentro da reserva do possível, o direito à saúde não pode deixar de ser concretizado sob a alegativa de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador.

Em razão da reserva do possível, o juiz não pode ficar indiferente quanto à viabilidade material de sua decisão, em particular em matéria de saúde. É preciso verificar até que ponto sua ordem será passível de atendimento sem pôr em risco o equilíbrio financeiro do sistema único de saúde, especialmente em momentos de crises econômicas.

Há que ser feita, contudo, uma advertência: as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível deve ser sempre analisada com desconfiança. Não basta

simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se “*em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais*”<sup>68</sup>.

Portanto, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais, o que, em última análise, implica numa ponderação, com base na proporcionalidade em sentido estrito, dos interesses em jogo.

Além disso, não se pode descartar as dificuldades administrativas na implementação de ordens judiciais. Até simples obrigações de fornecimento de remédios exigem procedimentos administrativos para a compra desses medicamentos (procedimento licitatório ou mesmo procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação, empenho *etc*). É óbvio que a exigência de licitação não pode ser empecilho para o cumprimento da ordem. Mesmo assim, não pode o juiz ficar indiferente quanto a esses obstáculos. Somente com o diálogo aberto entre o Judiciário e os Poderes Públicos, será possível conciliar o respeito às ordens judiciais com as exigências da burocracia administrativa sem que se desgaste a harmonia entre os poderes.

Tendo em vista essas limitações administrativas, costuma-se fazer uma distinção entre a reserva do possível fática e reserva do possível jurídica, conforme bem explica Marcos Masseli GOUVÊA:

“Diversamente das omissões estatais, as prestações estatais positivas demandam um dispêndio ostensivo de recursos públicos. Ao passo em que estes recursos são finitos, o espectro de interesses que procuram suprir é ilimitado, razão pela qual nem todos estes interesses poderão ser erigidos à condição de direitos exigíveis. A doutrina denomina **reserva do possível fática** a este contingenciamento financeiro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais. Muitas vezes, os recursos financeiros até existem, porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo: é o que se denomina **reserva do possível jurídica**”<sup>69</sup>.

Algumas vezes é possível contornar com soluções criativas as limitações impostas pela reserva do possível. Assim, por exemplo, alguns

---

<sup>68</sup> FARENA, Duciran Van Marsen. *A Saúde na Constituição Federal*, p. 14. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**, n. 4, 1997, p. 12/14.

<sup>69</sup> GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Rio de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: [http://www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc) (Consultado em 10.9.2002).

Tribunais têm imposto como obrigação ao Poder Público não a realização imediata do direito a ser concretizado, mas a imposição de se incluir na proposta orçamentária anual seguinte os recursos necessários à futura concretização do direito. Mais à frente, serão vistos exemplos reais em que isso ocorreu.

Outras soluções podem ser sugeridas, em especial a busca de parcerias com organizações privadas dispostas a ajudar pessoas que necessitem de um determinado tratamento.

Uma interessante sugestão foi fornecida por Marcos GOUVÊA. De acordo com o referido autor, com base na regra processual que autoriza que terceiros cumpram uma obrigação de fazer, às expensas do devedor, é possível autorizar, por exemplo, que uma farmácia forneça medicamentos a um determinado paciente, devendo, em seguida, o Estado ressarcir os custos dos medicamentos. No entanto, como dificilmente uma farmácia concordaria em fornecer um medicamento sabendo da fama de inadimplente do Poder Público, o referido jurista propõe uma saída interessantíssima:

“Não seria inviável – tendo em vista a essencialidade da prestação em tela [do fornecimento de remédios], repita-se à exaustão – que o juiz autorizasse uma farmácia a fornecer determinado medicamento, deferindo-se a compensação desta despesa com o ICMS ou outro tributo. Compensações tributárias normalmente exigem lei autorizativa, mas a excepcionalidade da prestação justificaria tal aval do Judiciário. Possivelmente os tribunais superiores não reformariam uma decisão nesta trilha, diante do tanto que já permitiram em sede do direito à medicação”<sup>70</sup>.

É inegável que uma decisão desse teor traria alguns problemas de ordem prática, conforme reconhece o próprio autor, em especial a escolha da farmácia ou empresa executora da medida e a fiscalização contábil da compensação. Um diálogo aberto com o Fisco, com o ente público responsável pela saúde, bem como com outros agentes fiscalizadores, como o Tribunal de Contas e o Ministério Público, seria capaz de minimizar os abusos que, porventura, poderiam existir.

A solução também pode ser estendida a outros casos e não apenas a fornecimento de remédios. Assim, por exemplo, o magistrado pode determinar que um hospital particular execute um determinado tratamento cirúrgico em um paciente coberto pelo SUS, autorizando que o hospital faça a compensação dos gastos efetuados com a operação com tributos de responsabilidade do ente demandado. Relembre-se que a Emenda

---

<sup>70</sup> *idem*.

Constitucional 29/2000 permitiu a destinação de receitas de impostos para as ações e serviços públicos de saúde (art. 167, inc. IV, da CF/88).

A autorização judicial para que particulares substituam a função do Estado na concretização de direitos fundamentais, mediante a compensação fiscal dos custos efetuados pelo particular, é uma solução criativa, difícil de ser executada, mas que pode ser bastante útil para contornar os limites impostos pela reserva do possível.

## 7. Possibilidades da Atuação Judicial

Após traçar os limites, fica mais fácil compreender as possibilidades de atuação judicial na concretização do direito à saúde: dentro dos limites da proporcionalidade, da reserva de consistência e da reserva do possível, as possibilidades do magistrado são amplas.

Obviamente, apenas teoricamente é simples afirmar que as possibilidades são amplas. Na prática, é problemática a prestação jurisdicional em casos envolvendo a saúde, pois nem sempre é possível precisar se a atuação está dentro dos limites fixados. Há sempre uma margem de subjetividade no exercício da jurisdição constitucional, especialmente quando há direitos tão relevantes em jogo, como a vida. E justamente por isso, ou seja, por estarem em jogo valores tão importantes, surge sempre o fator emotivo que, inevitavelmente, influenciará na tomada da decisão. Afinal, o julgador não é uma máquina, mas um ser humano.

Ao contrário do que possa parecer, a sensibilidade do julgador não é um aspecto negativo a ser afastado a qualquer custo, mas uma virtude que humaniza a atividade jurisdicional. A sentença jamais deixará de ser um *sentir*, e o *sentimento* de fazer justiça nunca deve deixar de circular nas veias dos juízes. É preciso, contudo, saber mesclar o subjetivismo, que é inafastável, e o objetivismo necessário a garantir a racionalidade exigida pelo direito<sup>71</sup>.

No caso do direito à saúde, que, muitas vezes, confunde-se com o próprio direito à vida, o apelo emocional costuma afetar bastante o processo decisório, sobretudo pela urgência que geralmente o caso requer e pela fragilidade natural do demandante. Mesmo assim, não se pode deixar de levar em conta os limites antes apontados (proporcionalidade, reserva de consistência e reserva do possível), sob pena de deslegitimar qualquer decisão. A impossibilidade de se obter uma solução estritamente técnico-jurídica, uma vez que as concepções subjetivas são inafastáveis, não minimiza a necessidade de se perseguir uma solução que, ao mesmo tempo, seja aceita pelo o ordenamento jurídico. Fora do Direito não há decisão legítima.

### 7.1. A Concretização do Direito à Saúde na Jurisprudência

Até o presente momento, abordaram-se essencialmente aspectos teóricos ligados ao presente estudo. De agora em diante, verificar-se-á como os juízes e tribunais pátrios têm agido para que o direito à saúde se torne uma realidade prática.

---

<sup>71</sup> Cf. LIMA, George Marmelstein. *Os Juristas e os Poetas*. In: **Jornal da Ajufer** n. 5, Brasília, 2002.

Cabe assinalar, inicialmente, conforme observam Victor ABRAMOVICH e Christian COURTS, que o Poder Judiciário, por suas características institucionais e pelo lugar que ocupa na distribuição de funções estatais, não é, tradicionalmente, o principal protagonista na hora de fazer efetivos os direitos sociais, econômicos e culturais, tarefa que seria atribuída primariamente aos denominados poderes políticos (Executivo e Legislativo). Mesmo assim, se adequadamente provocado, o Judiciário pode ser um poderoso instrumento de formação e ao mesmo tempo de desarticulação de algumas políticas públicas na área social, com impacto direto na concretização daqueles direitos<sup>72</sup>. E, na prática, assim tem sido.

Cada vez mais, o Judiciário tem sido chamado a dirimir conflitos envolvendo a aplicação de direitos sociais e, salvo alguns posicionamentos conservadores, a Jurisprudência está oferecendo respostas satisfatórias aos problemas postos a julgamento, demonstrando um afinamento, mesmo que involuntário e inconsciente, com a teoria jurídica dos direitos fundamentais.

Os tribunais têm conseguido extrair da norma constitucional definidora do direito à saúde inúmeras obrigações – negativas ou positivas, onerosas ou não-onerosas – ao Poder Público, independentemente de existir legislação dispendo sobre a matéria. É bastante comum também a declaração de nulidade de normas que estejam impedindo ou dificultando a realização do direito à saúde, bem como a complementação, através de uma interpretação extensiva ou analógica, de normas que protegem apenas uma categoria de portadores de doenças, excluindo outras que também mereceriam a proteção normativa.

Confira-se, portanto, os casos em que os Tribunais têm concretizado o direito fundamental à saúde.

### 7.1.1. Condutas estatais lesivas à saúde

A mais básica consequência da positivação constitucional do direito à saúde consiste em impedir que o Estado pratique atos que violem a saúde da coletividade ou de determinados indivíduos, sendo suficiente a invocação da teoria da eficácia mínima das normas constitucionais para permitir a atuação judicial nessa seara.

Se, por exemplo, o Poder Público, através de uma conduta de seus agentes, contaminar a água consumida por uma comunidade e, em razão disso, a saúde dessas pessoas for prejudicada, é inquestionável que o Judiciário

---

<sup>72</sup> Cf. ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Trotta, 2002, p. 118.

pode agir para impedir que a conduta estatal lesiva à saúde continue sendo praticada<sup>73</sup>.

Uma situação semelhante ocorreu no Município da Serra, no Espírito Santo, em que foi utilizado um inseticida em um Posto de Saúde que contaminou inúmeras pessoas que trabalhavam no local, conforme noticiou o programa Fantástico, da TV Globo, em 29/4/2001, resultando em uma ação civil pública objetivando interditar o referido posto de saúde<sup>74</sup>.

Nessa mesma linha, a Justiça tem determinado a interdição de abatedouros públicos municipais que não reúnem as condições mínimas de funcionamento e que, por isso, põem em risco a saúde das pessoas que consomem os seus produtos<sup>75</sup>.

Uma decisão da Justiça Estadual de Minas Gerais determinou que um Município (Contagem) cessasse atividade considerada como causadora de poluição sonora, que vinha sendo realizada através de eventos musicais do seu Centro Social Urbano (CESU), tendo em vista que, segundo a Organização Mundial da Saúde, ruídos acima dos níveis toleráveis acarretam inúmeros transtornos à saúde humana (alterações no sono, na concentração, no humor, na audição, sintomas de fadiga, lassidão, fraqueza, problemas ligados ao sistema respiratório e os de ordem psicológica)<sup>76</sup>.

A violação do direito à saúde por conduta direta do Estado impõe, além da imediata cessação da atividade nociva, a devida reparação dos danos causados, com base na conhecida teoria da responsabilidade civil. Assim, por exemplo, havendo a contaminação pelo HIV em transfusão sanguínea realizada em hospital público, é patente o dever de responsabilização objetiva pelos danos causados com base na teoria do risco administrativo<sup>77</sup>.

---

73 Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais impediu que o Município de Santa Bárbara prosseguisse com a colocação de resíduos sólidos em uma determinada área, ao fundamento de que tal atividade estaria produzindo efeitos nocivos ao meio ambiente e à saúde pública, na medida em que estaria havendo contaminação de nascentes e cursos d'água, além de propiciar a proliferação de vetores responsáveis pela transmissão de doenças infecto-contagiosas (AC 000.234.112-1/00, DJ 26/4/2002).

74 A cópia da petição inicial da ação civil pública interposta pelo Ministério Público Federal visando à interdição do estabelecimento encontra-se disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.pres.mpf.gov.br/prdc/matresidual/acpMalathion.htm> (consultado em 6/12/2002).

75 Nesse sentido: TJMG, AC 000.229.455-1/00, DJ 6/2/2002: "Ação Civil Pública. Matadouro Municipal. Inexistência de fiscalização e inspeção. Risco iminente à saúde pública. Fechamento. A falta total de fiscalização e inspeção e a precária situação da estrutura física e higiênico- sanitária, bem como a poluição do córrego pela emissão de efluentes a um dos pontos de captação d'água para abastecimento público, colocam em risco iminente toda uma coletividade, motivos pelos quais deve-se proceder ao fechamento do matadouro municipal"; TJMG, AC 000272212-2/00, DJ 19/4/2002; TJMG AC 000245288-6/00, DJ 18/4/2002; TJMG, AC 000.169.641-8/00, DJ 4/5/2000; TJMG, AC 000.173.891-3/00, DJ 1/9/2000; TJGO, AC 28270-3/188, DJ 31/08/1992; TJSE, AC 1024/2001, j. 8/5/2001.

76 AC 000.147.897-3/00, DJ 31/3/2000. Interessante observar que o julgado ofereceu alternativa ao Município: ou cessa a atividade ou providencia o isolamento acústico do local.

77 Nesse sentido: STJ, RESP 140158/SC, 1ª Turma, j. 28/8/1997, rel. Milton Luiz Pereira, DJU 17/11/1997, p. 59458.

### 7.1.2. Edição de normas que dificultam o exercício do direito à saúde

Muitas vezes, a violação ao direito à saúde não ocorre através de condutas ou comportamentos diretamente praticados por parte do Poder Público, mas através da edição de normas que estejam impedindo ou dificultando o exercício desse direito.

Isso ocorreu com o bloqueio das contas de cadernetas de poupança no Plano Collor. Muitos cidadãos bateram às portas do Judiciário buscando a liberação das contas bloqueadas para custear tratamento de saúde seu ou de parente. Todos os cinco Tribunais Regionais Federais acolheram a tese do cidadão, permitindo a liberação dos ativos financeiros para esse fim, com base no direito fundamental à saúde e à vida<sup>78</sup>.

Outro exemplo em que os Tribunais entenderam que houve violação ao direito à saúde pela edição de normas que dificultam o seu exercício ocorreu com a Resolução 283/91 do extinto INAMPS, que proibia a complementação com dinheiro do SUS das despesas decorrentes da internação conhecida como “diferença de classe”. De acordo com a citada resolução, o paciente deveria arcar com o pagamento da “internação simples”, que, em princípio, seria a cargo do SUS, bem como da complementação. Tanto o Superior Tribunal de Justiça<sup>79</sup> quanto o Supremo Tribunal Federal entenderam que essa limitação seria injustificável, já que não traria qualquer ônus extra ao Sistema Único de Saúde. Confira-se, nesse sentido, a ementa da decisão proferida pelo STF:

“DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACÓRDÃO  
RECORRIDO QUE PERMITIU A  
INTERNAÇÃO HOSPITALAR NA  
MODALIDADE "DIFERENÇA DE  
CLASSE", EM RAZÃO DAS CONDIÇÕES  
PESSOAIS DO DOENTE, QUE  
NECESSITAVA DE QUARTO

<sup>78</sup> Entre outros precedentes, citam-se: TRF 1ª: AC nº 93.01.26376-9/MG, Rel. Juíza Assusete Magalhães, DJU/II de 28.3.94; TRF 2ª: AG 9102133300/RJ, Rel. Juíza Tânia Heine, DJU 17/9/1991; TRF 3ª: MS 90030388628/SP, Rel. Juiz Américo Lacombe, DJU 15/4/1991; TRF 4ª: AGAMS 9104088654/RS, Rel. Juiz Teori Albino Zavascki, DJU 14/8/1991; TRF 5ª: MS 9005066091/AL, Rel. Juiz Hugo de Brito Machado, DJU 12/4/1991.

<sup>79</sup> Entre outros, cita-se o RESP 89612/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 10/11/1997, p. 57703, de cuja ementa extrai-se o seguinte trecho: “Estatuído o direito à saúde, elencado como dever do Estado, devem ser abertas e não fechadas ou entreabertas as veredas para o exercício desse direito e cumprimento de expressa obrigação estatal. No internamento e tratamento ‘diferenciados’ o SUS não é onerado com outras despesas, senão aquelas que são da sua responsabilidade (internação simples), certo que as diferenças são arcadas pelo segurado. Impor-se a generalidade de situações configura lesão a ordem natural e cerceia o exercício de direito ao melhor tratamento à saúde, conforme o provimento financeiro do interessado”.

PRIVATIVO. PAGAMENTO POR ELE DA DIFERENÇA DE CUSTO DOS SERVIÇOS. RESOLUÇÃO Nº 283/91 DO EXTINTO INAMPS. O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. O acórdão recorrido, ao afastar a limitação da citada Resolução nº 283/91 do INAMPS, que veda a complementariedade a qualquer título, atentou para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o de assistência à saúde. Refoge ao âmbito do apelo excepcional o exame da legalidade da citada resolução. Inocorrência de quebra da isonomia: não se estabeleceu tratamento desigual entre pessoas numa mesma situação, mas apenas facultou-se atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem ampliar direito previsto na Carta e sem nenhum ônus extra para o sistema público. Recurso não conhecido<sup>80</sup>.

Esse entendimento, contudo, não é o mais correto. O argumento de que não há prejuízo para o SUS, segundo Marga TESSLER, é falacioso, pois, havendo pagamentos parciais, os menos favorecidos não conseguirão leitos hospitalares tendo em vista a escassez de recursos<sup>81</sup>. Sobre o assunto, veja-se esse interessante julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“A prática da ‘diferença de classe’ é flagrantemente inconstitucional, pois fere o princípio da igualdade de atendimento, que decorre do princípio de isonomia garantido no art. 5º, da CF-88. Não há direito constitucional de partilhar com o Estado os custos hospitalares decorrentes de opção por

---

<sup>80</sup> RE 226835/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 10/3/2000, p. 21.

<sup>81</sup> Cf. TESSLER, Marga Inge Barth. *O Direito à Saúde como Direito e como Dever na Constituição Federal de 1988*, p. 201. in: **Revista Direito Federal** n. 67, Brasília: Ajufe, 2001, p. 189/218.

acomodações de classe superior àquela oferecida aos assistidos em geral. A gratuidade é primado básico e elementar do direito de acesso à saúde, sendo vedado o pagamento, cobrança ou recebimento a título de ‘diferenças de classe’. O argumento de que o sistema não causa prejuízo ao hospital não é significativo e relevante. A adoção do sistema prejudica não o hospital mas sim o sistema de saúde como um todo. É conhecida a dificuldade financeira do Estado em prestar assistência médica à população. A ‘diferença de classe’ significa agravar ainda mais a situação da saúde. Uma parcela dos escassos recursos existentes seria utilizado para cobrir parte da hospitalização e tratamento médico particular. A classe menos desfavorecida e que mais necessita de assistência gratuita seria alijada de internação hospitalar e médica, visto que nunca haveria vagas para aqueles que se internariam por conta exclusiva do Sistema Único de Saúde” (AMS 9604092537/RS, DJ 4/12/1996, p. 93996).

### **7.1.3. Edição de normas que protegem insuficientemente a saúde**

Há, em muitas normas editadas pelo Estado, uma preocupação em proteger o direito à saúde. Existem, a título ilustrativo, leis isentando portadores de graves patologias do pagamento do imposto de renda, concedendo benefícios previdenciários ou assistenciais a portadores de determinadas enfermidades, concedendo descontos a certas categorias para a compra de remédios, permitindo a remoção de servidores públicos, independentemente do interesse da Administração, para tratamento de saúde, entre inúmeras outras.

Em certas situações, contudo, o texto normativo é insuficiente, protegendo a saúde menos do que deveria proteger. Nesses casos, o Judiciário é freqüentemente chamado para completar o sentido da norma, agindo como verdadeiro “legislador positivo” para utilizar o jargão tão invocado pelos Tribunais quando preferem não apreciar um determinado tema de relevância política.

Assim, por exemplo, a jurisprudência tem ampliado o rol de patologias que autorizam o saque dos recursos depositados na conta do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) do trabalhador<sup>82</sup>. O entendimento é de que a movimentação da conta vinculada deve ser admitida quando seu titular, ou algum de seus dependentes, está sofrendo doença grave, “*mesmo que a nomenclatura de tal enfermidade não esteja elencada, expressamente, na Lei 8.036/90*”<sup>83</sup>. O mesmo entendimento tem sido adotado quanto ao levantamento do saldo na conta do PIS<sup>84</sup>.

No caso de normas tributárias, há vários benefícios fiscais a pessoas portadoras de determinadas doenças, como, por exemplo, a isenção de imposto de renda da determinadas patologias graves ou a permissão para se deduzir do cálculo do imposto as despesas médicas. Como a lei tributária limita bastante o conceito de “despesas médicas”, tem-se ampliado o rol fixado pelo legislador, permitindo-se, por exemplo, a dedução das despesas com aquisição de lentes corretivas (óculos, inclusive armação, e lentes de contato) e aparelhos de audição<sup>85</sup>.

#### 7.1.4. A inércia governamental e as obrigações positivas

Os exemplos até agora citados referem-se a comportamentos estatais de fácil correção judicial. Nenhum deles impôs obrigações positivas ao Poder Público, mas apenas o dever de respeitar, não dificultar ou não impedir o exercício do direito à saúde. A resposta jurisdicional para esses casos de violação à Constituição é relativamente simples: invalidar o ato administrativo ou a norma que esteja desrespeitando, dificultando ou impedindo a realização plena do direito à saúde. Mas nem sempre a lesão ao direito fundamental ocorre através de comportamentos ativos do Estado. Algumas vezes, é a inércia estatal que inviabiliza o exercício dos direitos reconhecidos constitucionalmente. Nessas hipóteses, a atuação judicial é tormentosa, pois seus limites, como se viu, não são tão precisos.

Apesar de todas as dificuldades, o juiz não pode se negar a oferecer uma resposta jurisdicional satisfatória, pois toda lesão ou ameaça de

---

<sup>82</sup> Entre outros, citam-se: STJ, 1ª Turma, RESP 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU 26/6/2000, p. 138; RESP 240.920/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 27/3/2000, p. 78. Os Tribunais Regionais Federais também se posicionam no mesmo sentido, por exemplo: TRF 1ª Região, AG 01000037179/MG, DJ: 14/10/2002, p. 453; TRF 2ª Região: AC 228788/RJ, DJU:17/10/2000; TRF 3ª Região: AC 96030214086/SP, DJ 28/01/1997, p.: 3022; TRF 4ª Região: AC 383453/SC, DJ 11/4/2001, 230; TRF 5ª Região: AC 233891, DJ 26/1/2001, p. 579.

<sup>83</sup> TRF 5ª Região, AC 240419/AL, rel. Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Farias, DJU 13/6/2002, p. 916

<sup>84</sup> Nesse sentido: STJ, RESP 387.846/RS, DJU 12/8/2002, p. 117; RESP 380.506/RS, DJU 8/4/2002, p. 152.

<sup>85</sup> Confira-se nesse sentido: TRF 4ª Região, AGA 199904010283361/RS, DJ 7/7/1999, p. 195.

lesão a direito está sujeita à apreciação pelo Judiciário quando este for acionado.

Podem ser enumeradas, sem pretender esgotar todas as situações, as seguintes obrigações positivas (que implicam em obrigações de fazer) decorrentes do direito à saúde: (a) editar normas em defesa da saúde, sobretudo as constitucionalmente exigidas – art. 7º, incs. IV e XXII, art. 197, art. 220, §3º, inc. II; (b) fornecer medicamentos a quem necessitar; (c) custear tratamentos médicos; (d) aplicar, no orçamento, os percentuais constitucionalmente exigidos no setor de saúde; (e) construir a infra-estrutura necessária à prestação dos serviços médico-hospitalares (postos de saúde, pronto-socorros, consultórios, enfermarias, clínicas de recuperação de dependentes químicos, hospitais); (f) demolir ou interditar instalações que ponham em risco a saúde pública (matadouros, estábulos ou qualquer outro que não ofereça condições adequadas de higiene); (g) exercer com eficiência as ações de vigilância sanitária; (h) oferecer serviços de saneamento básico; (i) elaborar e executar campanhas de prevenção e educação popular em saúde, entre inúmeras outras.

Graças à atuação do Ministério Público, muitas dessas obrigações estão sendo exigidas judicialmente. São inúmeras as ações tramitando no intuito de compelir o Poder Público (Municipal, Estadual ou Federal) a cumprir, mediante prestações onerosas ou não, o mandamento constitucional que exige o acesso universal e igualitário aos programas e serviços de saúde. Confira-se.

#### **7.1.4.1. Omissão quanto ao dever de editar normas de proteção à saúde**

No âmbito de proteção à saúde do trabalhador, a Constituição Federal de 1988 expressamente impõe que o salário mínimo, fixado em lei, atenda, entre outras exigências básicas, as condições mínimas de saúde do trabalhador (art. 7º, inc. IV) e exige a edição de normas de proteção ao meio ambiente no trabalho (art. 7º, inc. XXII).

Quanto ao valor do salário mínimo, é interessante citar a decisão do Supremo Tribunal Federal que já declarou a inconstitucionalidade da medida provisória que fixou um salário mínimo insuficiente para atender todas as exigências constitucionais. A ementa do acórdão é bastante longa, mas vale ser citada pelo seu conteúdo elucidativo:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO.  
MODALIDADES DE  
COMPORTAMENTOS  
INCONSTITUCIONAIS DO PODER

PÚBLICO. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

**SALÁRIO MÍNIMO - SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS - GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO.** - A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. - O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público - e

de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) -, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório.

**SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL.** - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal

que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.

**INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR.** - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. - A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente”<sup>86</sup>.

Essa decisão constitui, sem dúvida, um grande avanço no direito constitucional pátrio na medida em que reconhece a possibilidade do controle jurisdicional por inércia governamental de uma política pública de tamanha complexidade como a fixação do salário mínimo. No entanto, ainda é bastante tímida quanto à ordem emanada, pois a mera cientificação do legislador inadimplente é muito pouco para concretizar a vontade constitucional<sup>87</sup>. Talvez fosse mais eficiente elaborar alguma forma de

<sup>86</sup> ADI 1458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20/9/1996.

<sup>87</sup> Sobre o assunto, BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1996, pp. 154/156. Oferecendo uma solução ainda mais avançada, na medida em que prevê a possibilidade de o

responsabilização da autoridade política pelo descumprimento do preceito constitucional, inclusive mediante a instauração do processo por crime de responsabilidade<sup>88</sup> ou mesmo por improbidade administrativa, sem afastar, por óbvio, a possibilidade de o trabalhador prejudicado pela omissão legislativa acionar diretamente o Judiciário buscando a reparação devida pelos danos causados em razão do não-cumprimento da norma constitucional<sup>89</sup>.

Em outra situação, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi bastante aquém do esperado. Tratava-se de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>90</sup> impugnando o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.294/96, que, nos termos do § 4º, do art. 220 da Constituição Federal, restringia a propaganda de produtos fumíferos, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas. A alegada inconstitucionalidade residia no fato de que, para os efeitos da lei, eram consideradas bebidas alcoólicas as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac, o que, de acordo com o autor da ação (Partido Liberal), era insuficiente para proteger a saúde, na medida que inúmeras bebidas alcoólicas, como a cerveja, não estariam abrangidas pela norma.

O Supremo Tribunal Federal, invocando o tradicional dogma da vedação da atuação do Judiciário como “legislador positivo”, entendeu que a declaração de inconstitucionalidade da norma mencionada, tal como requerida pelo autor da ação, resultaria na extensão de uma restrição.

Devem ser ressaltados – e elogiados – os votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, que, sob o entendimento de que o parágrafo impugnado, ao excepcionar das restrições as bebidas de grau alcoólico inferior a 13º GL, não atenderia à finalidade do §4º do art. 220, da CF, que seria proteger a saúde das pessoas, restringindo a propaganda comercial de bebidas alcoólicas.

Nesse caso, seria muito fácil uma atuação mais ativa por parte da Suprema Corte, bastando que se colhessem dados capazes de fornecer uma melhor noção do que seria “bebida alcoólica” e, diante desses dados, preencher o conteúdo da lei, dando uma máxima efetividade à norma

---

Judiciário fixar o valor do salário mínimo, desde que seja possível superar a barreira da reserva de consistência: MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Tese de Doutorado, 2002, p. 175.

<sup>88</sup> O art. 85, inc. III, da CF/88, enumera como crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais.

<sup>89</sup> Sobre a possibilidade de responsabilização patrimonial do Estado pela omissão legislativa, entre outros: LIMA, George Marmelstein. **A Revisão Geral Anual da Remuneração dos Servidores Públicos: Omissão Legislativa e Dever de Indenizar**. Disponível on-line via URL: <http://www.georgemlima.hpg.com.br>; MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 568; PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 105.

<sup>90</sup> ADIn 1.755/DF, Rel. Min. Nelso Jobim, j. 15/10/1998, noticiado no informativo 127, do STF.

constitucional. Agindo assim, o Judiciário estaria, inclusive, atuando em prol da democracia, pois é notório que o canal de representatividade popular por excelência (Congresso Nacional) foi influenciado pelo *lobby* das grandes indústrias, em especial das cervejarias, ao aplicar um conceito tão restrito de bebida alcoólica.

Com relação à edição de normas de saúde no ambiente de trabalho, as possibilidades do Judiciário são bem maiores, pois é reconhecido como legítimo o poder normativo da Justiça do Trabalho em caso de dissídio coletivo, na forma do art. 114, §2º, da CF/88, que atribui à Justiça do Trabalho a competência para estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

São muitos os casos em que a Justiça Laboral tem decidido em favor da proteção e preservação da saúde do trabalhador, seja para obrigar o empregador a adotar as medidas previstas em leis ou regulamentos, seja para obrigá-lo a adotar medidas de prevenção a acidentes, ainda que não prevista em leis ou regulamentos.

Observe-se que, nesses casos em que o Estado é obrigado a editar normas, o suprimento judicial do vazio legislativo não trará, em regra, qualquer ônus financeiro aos cofres públicos.

#### **7.1.4.2. Omissão quanto ao dever de satisfazer o direito à saúde através de prestações materiais**

Ressalvados alguns julgados isolados<sup>91</sup>, quase a totalidade dos tribunais pátrios tem entendido que o direito à saúde, consagrado no art. 196, da CF/88, confere ao seu titular a pretensão de exigir diretamente do Estado que providencie os meios materiais para o gozo desse direito, como, por exemplo, forneça os medicamentos necessários ao tratamento ou arque como os custos de uma operação cirúrgica específica.

No que se refere ao fornecimento de remédios, mais especificamente remédios a portadores do HIV<sup>92</sup>, a matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal que tem decidido da seguinte forma:

“PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA  
DESTITUÍDA DE RECURSOS  
FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À  
SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO

---

<sup>91</sup> Por exemplo, STJ, ROMS 6564/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 17/6/1996, p. 21448; TJMG, AC 000196633-2/00, DJ 30/8/2001.

<sup>92</sup> Tratando-se de pacientes com HIV, é preciso reconhecer que existe norma infra-legal integradora: a Lei 9.313/96. Essa norma, no entanto, limita o fornecimento dos remédios, garantindo apenas os padronizados pelo Ministério da Saúde.

DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu

impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF<sup>93</sup>.

Esse julgado, embora não tenha sido o pioneiro<sup>94</sup>, merece destaque pela extensão e eficácia que atribuiu ao direito fundamental à saúde. Constitui um grande passo em prol da plena justiciabilidade dos direitos sociais e, certamente, influenciará as próximas decisões nesse tema.

O mesmo fundamento utilizado para obrigar o Poder Público a fornecer o medicamento a pessoas carentes pode ser utilizado para obrigá-lo a custear tratamentos e exames específicos, como por exemplo, exame de ressonância magnética<sup>95</sup>, eletroencefalograma<sup>96</sup>, fornecimento de aparelhos auditivos<sup>97</sup>, implante de prótese<sup>98</sup>, internação em UTI neo-natal em hospital

<sup>93</sup> RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2000, p. 101.

<sup>94</sup> O Supremo Tribunal Federal, antes desse julgado, já havia reconhecido a obrigação de o Estado fornecer medicamentos a pessoas hipossuficientes com base no direito à saúde, por exemplo, nos RREE 195192/RS, 236200/RS, 247900/RS, 264269/RS, 242859/RS e 255627/RS. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgamentos, tem garantido o fornecimento de remédios a pacientes, às expensas do Estado. Por exemplo, no ROMS 11183/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU 4/9/2000, p. 121, obrigou-se o Estado do Paraná a fornecer o medicamento Riuzol (Rilutek) a uma paciente portadora de esclerose lateral amiotrófica. No ROMS 13452/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 7/10/2002, p. 172, reconheceu-se o direito de obtenção de medicamentos indispensáveis ao tratamento de retardo mental, heiatropia, epilepsia, tricolomania e transtorno orgânico da personalidade. No RESP 430526/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28/10/2002, p. 245, foi garantido o custeio pelo Estado dos medicamentos necessários ao tratamento de hepatite “C”, que teria sido contraído por delegado de polícia ao socorrer um preso que tentara suicídio. No ROMS 11129/PR, Rel. Min. Peçanha Martins, obrigou-se o Estado a fornecer medicação (Interferon Beta) a portadores de esclerose múltipla. Em todos esses casos, o direito à saúde, decorrente do art. 196, da CF/88, foi considerado um verdadeiro direito subjetivo, passível de ser exigido judicialmente, independentemente de legislação integradora.

<sup>95</sup> TJRS, AI 70005170121, j. 23/10/2002.

<sup>96</sup> TJRS, AI 70004239695, j. 12/6/2002.

<sup>97</sup> TJRS, AC 70002532877, j. 2/8/2002.

<sup>98</sup> TJRS, AC 70002508679, j. 30/5/2001.

particular<sup>99</sup>, tratamento psiquiátrico ou psicológico a menor carente<sup>100</sup>, internação médica em hospital particular, diante da ausência de vaga em hospital conveniado com o SUS<sup>101</sup>, custeio de transporte para tratamento médico em outra localidade<sup>102</sup>, transplante de medula óssea<sup>103</sup>, implantação de aparelho cardioversos-desfibrilador ventricular<sup>104</sup> etc.

Apesar dos aplausos merecidos dessa postura jurisprudencial, deve-se reconhecer que as decisões que obrigam o Estado a fornecer os medicamentos ou a custear o tratamento de doentes, salvo raras exceções, deixam muito a desejar quanto à análise da reserva da consistência e da reserva do possível. Em regra, a decisão limita-se a afirmar o caráter jurídico do direito fundamental à saúde, deixando de enfrentar vários problemas e obstáculos fáticos relacionados aos aspectos financeiros do cumprimento da ordem. Esquece-se que, em matéria de política de saúde, cuja escassez de recursos é notória, tudo gira em torno de eleger prioridades. Muitas vezes, garantir o medicamento de um paciente implica em privar vários outros do adequado tratamento.

Não se quer, com esse tom de pessimismo, negar o direito ao fornecimento de medicamentos. Pelo contrário. Isso vai contra todos os princípios defendidos pela teoria jurídica dos direitos fundamentais. Pretende-se, apenas, fazer um alerta para que haja uma maior “consistência” nas decisões que acarretam ônus financeiros para o Estado<sup>105</sup>.

A título de exemplo, vale citar um interessante julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em que houve uma adequada análise do postulado da reserva do possível e da reserva de consistência.

Tratava-se de uma ação civil pública, interposta pelo Ministério Público, com o objetivo de obrigar o Distrito Federal a fornecer, de maneira contínua, o medicamento denominado CEREZYNE a quatro crianças portadoras da Síndrome de Gaucher, bem como a todos os outros portadores da doença usuários do SUS/DF.

O Distrito Federal argumentou que a verba orçamentária destinada ao tratamento da doença de Gaucher sequer alcançaria um terço do valor de compra do medicamento prescrito para os quatro pacientes, que, na época, importaria em U\$ 1.096.868 (um milhão, noventa e seis mil, oitocentos e sessenta e oito dólares americanos), o que equivalia a cerca de dois milhões

---

99 TJMA, AC 24192002, DJ 28/11/02; TJES, MS nº 100990006817, j.. 21/09/00.

100 STJ, MC 2540/RS, DJ 8/10/2001, p. 162.

101 Entre outros: TJMG, AC 000.273.982-9/00, DJ 6/9/2002; AC 000.294.055-9/00, DJ 13/11/2002.

102 TJMG, AC 000.262.332-0/00, DJ 14/11/2002.

103 TRF 4ª Região, AG 45090/PR, DJ 23/08/2000, p 272.

104 TRF 4ª Região, AMS 199804010717940/RS, DJ 3/11/1999, p. 52.

105 Em 18/8/2002, foi publicada uma reportagem no jornal Folha de São Paulo, sob o título *Justiça Faz Política de Medicamentos em SP*, alertando para o impacto orçamentário das decisões que condenam o Estado a fornecer remédios a pacientes que ingressam na Justiça. Segundo a reportagem, 80% da verba prevista para compra de medicamentos são dirigidos a cumprir ordens judiciais.

de reais, ao passo em que a Lei Orçamentária do Distrito Federal teria autorizado a destinação de recursos específicos para o tratamento da doença em apenas R\$ 600.000,00 ( seiscientos mil reais). Alegou-se ainda que, nos termos do artigo 167, inciso II, da Constituição, é proibida "*a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedem os créditos orçamentários ou adicionais*", ou a "*abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação de recursos correspondentes*". Assim, não tendo a Lei Orçamentária do Distrito Federal autorizado a destinação de recursos específicos para o tratamento da doença de Gaucher acima da cifra fixada (R\$ 600.000,00) não estaria o Executivo distrital autorizado a editar decreto para essa finalidade, sob pena de responsabilidade. Por fim, alegou que o atendimento aos quatro pacientes poderia colocar em risco o atendimento de toda a comunidade, além do que o remédio requerido não teria o efeito de cura total, mas apenas o efeito de estabilizar o processo patológico.

O juiz de primeiro grau concedeu a liminar requerida, determinando que o Distrito Federal arcasse com o pagamento dos medicamentos necessários ao tratamento das quatro crianças. O Distrito Federal recorreu ao Tribunal de Justiça, interpondo agravo de instrumento contra a decisão liminar.

A Desembargadora Relatora do Agravo de Instrumento, ao fundamentar sua decisão, levou em conta os problemas orçamentários levantados pelo Distrito Federal e, invocando o princípio da reserva do possível, ponderou que a medida liminar deveria ser mantida, ressalvada apenas a redução do valor necessário ao seu implemento, que deveria observar os limites da autorização orçamentária. Ponderou ainda a Desembargadora que a limitação do valor permitiria a aquisição do remédio, ganhando-se tempo enquanto se procuram outras soluções cabíveis e possíveis, como a da busca de créditos suplementares ou a busca de recursos adicionais na esfera federal. O acórdão ficou assim ementado:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITOS DIFUSOS. CARACTERIZAÇÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROGRAMA DE GOVERNO. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. RESERVA DO POSSÍVEL. IMPLEMENTO DO PROGRAMA. LIMITE.

1 - O fato de uma moléstia vir a ser caracterizada como rara, que atinge um número bastante restrito de pessoas, não transmuda sua natureza de interesse difuso para individual, pois, para além do universo

das personalidades envolvidas, remanesce o interesse relativo a ações e serviços de saúde, que é de todos, não se desfigurando, destarte, a legitimidade do Ministério Público.

2 - Incluída na Lei Orçamentária do Distrito Federal a rubrica atinente ao atendimento de programa de governo voltado ao serviço de saúde, e tratando-se de prestação positiva do Estado, os quais se submetem à chamada reserva do possível, o **quantum** disponibilizado ao implemento do programa deve ser limitado ao autorizado em dotação orçamentária”<sup>106</sup>.

Essa decisão merece elogios pela sua consistência: dentro do limite que o Tribunal entendeu que seria um obstáculo ao cumprimento da ordem judicial, conferiu-se a máxima efetividade ao direito à saúde. Além disso, analisou-se corretamente a legitimidade do Ministério Público.

Porém, uma pequena observação pode ser feita.

Não se pode negar, na linha do que vem sendo defendido, que o juiz deve ter uma preocupação em torno dos impactos orçamentários de sua decisão. Mesmo assim, numa hipótese como a narrada, em que estava em jogo a vida de quatro crianças, talvez fosse possível extrair um pouco mais de efetividade do direito fundamental à saúde. Em tese, o Tribunal poderia ter determinado o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação menos importante – por exemplo, os recursos destinados à propaganda institucional do governo – para custear o tratamento das crianças<sup>107</sup>. É óbvio que esse remanejamento, por decorrer de ordem judicial, não poderia resultar em responsabilização do Administrador. Outra solução seria aquela proposta quando foi analisado a reserva do possível: autorizar, judicialmente, o custeio do medicamento por entidades particulares mediante a compensação fiscal dos gastos efetuados.

<sup>106</sup> AGI 1999.02.2.003968-3-DF, rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante.

<sup>107</sup> Defendendo o mesmo entendimento, GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Rio de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: [http://www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc) (Consultado em 10.9.2002): “Afigura-se assim ilegítima a conduta administrativa que, deixando de ter em conta a prioridade dos direitos fundamentais (dentre os quais ora se destaca o direito aos medicamentos), prefira prover projetos sujeitos a exame de conveniência e oportunidade. A alocação de recursos nestes projetos, inclusive, serve de evidência para que o magistrado possa refutar exceção, fundada no argumento da reserva do possível, que viesse a ser suscitada pelo Estado em ação envolvendo direito a medicamentos essenciais. Não seria absurdo, outrossim, que o magistrado, com prudência, declarasse a nulidade dos atos administrativos que não houvessem observado a necessária prevalência dos direitos fundamentais, de modo a que os recursos recuperados pelo Erário, em virtude da nulificação do ato administrativo ilegítimo, pudessem ser canalizados para a produção da prestação amparada em imperativo jusfundamental, inicialmente negligenciada”.

De qualquer forma, o que é importante assinalar na decisão é a preocupação em torno da viabilidade financeira da ordem judicial. Houve a consciência de que os recursos são limitados, e que a efetivação de direito fundamental que implique em prestação onerosa ao poder público pauta-se pela reserva do financeiramente possível.

O ideal seria que os recursos fossem suficientes para que os serviços de saúde fossem prestados satisfatoriamente a todos os cidadãos de forma ampla. Porém, isso quase nunca é possível. O acesso universal aos programas e ações de saúde, tal como preconiza a Constituição, é uma meta a ser alcançada e não uma realidade presente. Aliás, essa é uma constatação em quase todos os países e não apenas no Brasil.

Muitas vezes, a limitação de recursos implicará na eleição de prioridades. E aqui entra algumas indagações de difícil resposta: priorizar quais categorias de pessoas? Priorizar quais espécies de tratamentos?

Quanto à primeira indagação, existe uma saudável tendência de se tentar proteger os mais fracos, como as pessoas carentes e as crianças, por exemplo.

Diante de um quadro de mercantilização da saúde, que, embora incompatível com o conceito de direito social<sup>108</sup>, é uma realidade inafastável, é melhor mesmo que, numa situação de crise, seja priorizado o atendimento dos que não possuem condições de pagar o tratamento, até porque, em última análise, as pessoas mais abonadas geralmente possuem planos de saúde ou podem arcar com os custos de um tratamento médico no setor privado.

Defendendo o mesmo ponto de vista, Germano SCHWARTZ sustenta que:

“a saúde é *direito fundamental do homem*, tornando a norma do art. 196, da CF/88, auto-aplicável e de eficácia imediata, bem como essa mesma saúde deve ser interpretada como um *direito público subjetivo oponível contra o Estado*, sempre: (1) que o bem da vida esteja em jogo no caso concreto; (2) agregado ao requisito anterior, deve haver prova, também no caso concreto, de que o tutelado não possui condições financeiras de arcar com as despesas sanitárias (medicamentos, consultas, exames, internações, novos tratamentos, etc...) referentes ao seu estado de saúde sem que haja comprometimento de seu sustento próprio e de sua família”<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> Cf. ELIAS, Paulo Eduardo. *A Saúde como Política Social no Brasil*, p. 139. In: **Direitos Humanos: Visões Contemporâneas**. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001, p. 135/145.

<sup>109</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *A Saúde como Direito Público Subjetivo e Fundamental do Homem e sua Efetivação*, p. 179/180. In: **Revista da Ajuris**, n. 83, Porto Alegre: Ajuris, 2001, pp. 179/200. O autor, no desenvolvimento de seu texto, defende a finalidade de exigência de prova de

Não se está defendendo uma “discriminação às avessas”, afirmando que os ricos não merecem a proteção estatal. Não é bem assim. Trata-se apenas de reconhecer que os pobres constituem uma categoria vulnerável e que, por isso, no intuito compensar a desigualdade social, é recomendável uma postura mais ativa do juiz, buscando garantir as necessidades desse grupo mais fragilizado.

Nesse sentido, Sérgio Fernando MORO defende um maior ativismo judicial na concretização de direitos sociais titularizados pelos pobres, que, para o autor, seriam direitos com posição preferencial. Eis suas palavras:

“Nessa perspectiva e considerando a importância política de tal questão, há justificativas suficientes para que o juiz constitucional adote postura mais ativa na proteção judicial dos pobres, como grupo social e politicamente vulnerável no processo político democrático, quer através da implementação de direitos que os beneficiem, quer através de crivo judicial mais rigoroso sobre a legislação reguladora ou restritiva desses direitos. Tal estratégia de proteção judicial especial para os pobres não compromete a proteção judicial, talvez com menor intensidade, de outros direitos sociais ou mesmo do princípio da igualdade, pois este vai além do imperativo da erradicação da pobreza”<sup>110</sup>.

Por outro lado, é lógico que, se uma pessoa, mesmo que não possa ser considerada pobre, não tiver condições de arcar com um dado tratamento médico no setor privado, o direito à saúde não lhe pode ser negado; afinal, a Constituição determina que a saúde é direito *de todos*. Nesse ponto, pode-se tentar, se possível, dividir os ônus financeiros do tratamento, a fim de não sobrecarregar demasiadamente nem o cidadão nem o Sistema Único de Saúde<sup>111</sup>.

No que se refere aos tipos de tratamentos que merecem ser priorizados, surgem algumas questões mais específicas: (a) o SUS está obrigado a fornecer todos os medicamentos ou somente aqueles indicados na legislação? (b) E se o medicamento ainda não tiver provas científicas de sua eficácia? (c) O Estado deve custear todos os tratamentos ou apenas os mais graves?

---

carência de recursos materiais: “a finalidade deste requisito é o não alargamento da tarefa estatal, pois, se de um lado o Estado deve garantir a saúde para todos, por outro, temos que, por questões de justiça social, o abastado possui recursos suficientes para cuidar de sua saúde sem que seja necessária a ajuda estatal” (p. 195).

<sup>110</sup> MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Tese de Doutorado, p. 233.

<sup>111</sup> Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar a AC 000.198.059-8/00, decidiu que um paciente teria o direito de submeter-se à intervenção que lhe foi indicada pelo médico, valendo-se daquilo que o Sistema Público financia – no caso, a internação hospitalar e a angioplastia - e arcando com o custo da parte do tratamento não garantida pelo Poder Público – no caso, a prótese denominada stent.

Mesmo correndo o risco de ser simplista, pode-se afirmar que o SUS deve fornecer todos os medicamentos que forem necessários e não apenas os especificados nas leis ou regulamentos<sup>112</sup>.

E se o medicamento ainda não tiver provas científicas de sua eficácia? Ainda assim é possível exigir o fornecimento pelo Estado. Porém, deve ser feito um juízo de proporcionalidade (adequação, necessidade, ponderação), a fim de verificar até que ponto vale a pena arcar com os custos de um tratamento de eficácia duvidosa. Por esse motivo, o Min. Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça, analisando a PET 1996/SP (DJ 22/10/2002), suspendeu os efeitos de uma liminar concedida em ação civil pública pela Justiça Estadual Paulista, que obrigava o Estado de São Paulo a fornecer aos portadores de hepatite C, através do SUS, o medicamento Interferon Peguilado, que, segundo informações do Ministério da Saúde, custa até 30 vezes mais do que o Interferon convencional, além de não haver um consenso pacífico da comunidade médico-científica quanto à eficiência do referido medicamento. Vale ressaltar que, nos casos em que foi comprovada a eficiência do medicamento (pacientes com hepatite C, genótipo 1, com baixa carga viral), ficou aberta a possibilidade de o interessado obter do Judiciário a satisfação de seu direito.

Em casos envolvendo o tratamento da retinose pigmentar, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem reiteradamente negado o direito de portadores dessa doença de submeterem-se, por conta do SUS, ao tratamento em Cuba. As razões de decidir do Tribunal são, em síntese, as seguintes: (a) a proteção à vida e à saúde, como direito social assegurado na Constituição Federal, é de conteúdo programático; (b) não se pode pleitear qualquer espécie de tratamento médico no exterior, se este não é autorizado pelas normas que regulam a espécie e (c) a eficácia do tratamento em Cuba (através da estimulação elétrica da retina, ozonização do sangue e cirurgia de revascularização retiniana), após período de observação, não foi reconhecida pelo Ministério da Saúde, cuidando-se de técnica meramente experimental, havendo estudos demonstrando que esse tratamento, além de não trazer qualquer melhora à visão e ao campo visual, pode atuar desfavoravelmente, agravando o curso da doença e trazendo sérias complicações para o olho; (d) o mesmo tratamento pode ser feito no Brasil, com médicos brasileiros treinados no exterior<sup>113</sup>.

Não há dúvida de que os itens (a) e (b) da fundamentação não correspondem ao atual estágio alcançado pela teoria dos direitos fundamentais. Aliás, o mesmo Tribunal, em casos envolvendo o direito ao

---

<sup>112</sup> Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “não podem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios eximir-se de fornecer medicamento a paciente que trata pela rede pública, ao argumento de que não consta na lista feita pelo Ministério da Saúde” (AO 20000110200384APC/DF).

<sup>113</sup> Entre outros, AMS 95.01.19486-8/DF, DJ de 12.05.97, p. 32282; AMS 01000250270, DJ 19/11/2001, p. 94; AMS 01001074122/DF, DJ 11/6/2001, p. 74. Em sentido contrário: AMS 1000087769/DF, DJ 21/1/2002, p. 547.

fornecimento de remédios, já reconheceu que é dever do SUS, por força do art. 196, da CF/88, fornecer os medicamentos necessários ao tratamento de doenças<sup>114</sup>. Apenas os itens (c) e (d) poderiam ser invocados para negar o direito ao tratamento. Se efetivamente não há comprovação da eficácia da cirurgia, não seria razoável condenar o SUS a arcar com o tratamento de todos os portadores da doença enquanto não houver pelo menos indícios científicos de que há alguma melhora no quadro clínico, incidindo nesse ponto o aspecto da adequação: a medida (tratamento em Cuba) não é adequada para os fins a que se propõe (cura da doença). Por sua vez, quanto à existência de médicos no Brasil que fazem a mesma cirurgia, aqui entra um outro aspecto do juízo de proporcionalidade: a necessidade ou vedação de excesso. Por esse critério, conforme visto, deve-se optar pelo tratamento menos oneroso entre os existentes.

Com base na vedação de excesso, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou a um portador do vírus da AIDS o direito ao tratamento de sua doença no exterior, já que não ficou comprovada a necessidade dessa medida, uma vez que o tratamento poderia ser realizado no Brasil sem qualquer prejuízo à saúde do paciente<sup>115</sup>. Também no que se refere ao tratamento da AIDS, há decisões negando o direito ao fornecimento de medicamentos experimentais ainda não incorporados à prática médica nacional<sup>116</sup>.

Por fim, surge a questão de saber se o Estado deve custear todos os tratamentos ou apenas os mais graves.

Em tese, com base no direito à saúde, aqui entendida, como já dito, como o completo bem estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas como a ausência de afecções e doenças, é possível exigir que o Estado arque com os custos de qualquer tipo de tratamento, até os meramente estéticos ou os odontológicos. Assim, por exemplo, se uma cirurgia plástica pode acarretar um bem estar mental e espiritual, é inquestionável que, com base no direito à saúde, em seu conceito atual, pode-se exigir que essa operação seja feita às expensas do SUS.

No entanto, como a limitação de recursos exige a escolha de prioridades, devem-se ser priorizados os tratamentos mais graves (garantia do mínimo social ou existencial), sob pena de tornar inviável todo o sistema único de saúde<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Entre outros, AG 01000913520/MG, DJ: 9/04/2001, p. 87.

<sup>115</sup> AG 26635/RJ, Rel. Juiz Carreira Alvin, DJU 19/6/2001.

<sup>116</sup> TRF 4ª Região, AC 1998.04.01.049127-5, Rel. Juíza Marga Inge Barth Tesler; AI 97.04.57545-9, Rel. Juíza Sílvia Goraieb.

<sup>117</sup> DWORKIN, tratando do assunto, defende que o Estado não deve responsabilizar-se por todas as demandas na área da saúde, sugerindo que sejam excluídos do sistema público de saúde aqueles procedimentos que cidadãos são, iguais e bem-informados, caso dispusessem de recursos econômicos suficientes para adquirir qualquer plano de saúde, ainda assim optariam por não incluir num plano particular (cf. GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos**. Rio

Nesse contexto, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região indeferiu pedido do Ministério Público Federal que pretendia obrigar o SUS a arcar com a cirurgia de transexual. Eis a ementa do acórdão:

“QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CIRURGIA EM TRANSEXUAL. PAGAMENTO PELO SUS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Sistema Único de Saúde, pela sua total incapacidade financeira, não consegue atender à população necessitada do País, sendo comum os casos de óbitos ou de agravamentos de moléstias. Portanto, não é possível que o SUS arque com as despesas relativas a cirurgias para a retirada de órgãos sexuais.
2. Inexistência de verossimilhança do direito e do perigo de dano irreparável”<sup>118</sup>.

Essa decisão merece um comentário. Inicialmente, é preciso ficar bem claro que há o direito a qualquer tratamento que possa proporcionar o mais completo estado de bem estar, físico, mental e espiritual do homem, decorrente do art. 196, da CF/88. Desse modo, sendo a intervenção cirúrgica a única terapêutica adequada para minimizar o sofrimento do transexual, não há, em princípio, como negar o direito à cirurgia de retirada dos órgãos sexuais, até porque a repugnância do transexual pelos seus órgãos genitais pode atingir níveis psicopatológicos, conforme vem reconhecendo a medicina moderna. Daí, em tese, é possível, diante das peculiaridades do caso concreto, determinar judicialmente a cirurgia para retirada de órgãos sexuais para transexuais pelo SUS, desde que a decisão seja suficientemente consistente e não prejudique a programação orçamentária do sistema.

Diante de todos os exemplos até então citados, torna-se claro que o direito à saúde não é absoluto, mas relativo, podendo ser limitado com base no princípio da proporcionalidade, conforme já se falou.

Não se deve estranhar fato de que ora o direito à saúde conferirá direitos subjetivos ao seu titular, ora não. Basta lembrar que o direito à saúde consubstancia não uma regra, mas um princípio, que se cumpre na medida das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecem concretamente,

---

de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: [http://www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc) (Consultado em 10.9.2002). Obviamente, esse entendimento não pode ser levado ao extremo, mas serve para demonstrar que pedidos manifestamente irrazoáveis não devem ser acolhidos judicialmente.

<sup>118</sup> AC 466116/RS, Rel. Juíza Maria de Fátima Freitas Labarrére, DJU 13/2/2002, p. 592.

conforme assinalou ALEXY. Dessa forma, não se deve pensar que a norma do art. 196, da CF/88, funciona na base do “tudo ou nada”, de maneira inflexível. O que se deve buscar, conforme já dito, é a máxima otimização da norma. O agente concretizador da norma deve efetivá-la até onde for possível atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos. Sem ponderação não será possível verificar o exato conteúdo do direito à saúde.

Em síntese, circunstancial e potencialmente, o direito à saúde pode ter sua eficácia diminuída, desde que, em um contexto mais amplo, isso seja feito para garanti-lo em maior grau, para um maior número de pessoas. Através de uma análise das decisões dos Tribunais pátrios observa-se uma constante em termos de priorização e, conseqüentemente, limitação de direitos fundamentais: (a) em princípio, apenas as pessoas que não possam arcar com os custos dos medicamentos ou dos tratamentos teriam o direito de cobrá-los judicialmente do SUS; (b) em princípio, o SUS deve fornecer apenas os medicamentos que tenham provas, ainda que iniciais, de eficácia; (c) em princípio, o SUS deve custear apenas os tratamentos mais graves.

#### **7.1.4.3. Omissão quanto à construção da infra-estrutura necessária à prestação dos serviços de saúde**

Outra forma de efetivação judicial do direito à saúde consiste em obrigar o Poder Público a construir a infra-estrutura necessária à prestação dos serviços médico-hospitalares. Nesse caso, a atuação jurisdicional é ainda mais complicada, pois não se está protegendo um direito individual em específico, mas o interesse legítimo de toda uma coletividade. Além disso, a necessidade de uma correta análise da reserva de consistência e da reserva do possível é ainda maior, tendo em vista as vultosas somas para o cumprimento da ordem judicial.

O posicionamento tradicional é no sentido da impossibilidade de atuação judicial nessa seara. A construção de infra-estrutura estaria no campo estrito da conveniência e oportunidade administrativas<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> Nesse sentido, entre outros: TJMG, AC 000.193.087-4/00, DJ 9/11/2001: “não pode o Ministério Público, em ação civil pública, sem lei específica a respeito, compelir o Município a proceder à coleta e remoção diárias do lixo da cidade, usando, para tanto, de ação de preceito e de normas genéricas e programáticas da legislação constitucional e ordinária”; AC 000.194.285-3/00, DJ 23/3/2001: “Ação Civil Pública - condenação de município para construir usina de reciclagem de lixo e a utilizar determinado local para depósito de resíduos sólidos urbanos. Impossibilidade. O Poder Judiciário não pode condenar ente público a realizar obra, nem lhe ditar normas de atuação administrativa, porque estará usurpando funções específicas do Executivo. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realização de obras. As obrigações de fazer, via ação civil pública, não podem quebrar os princípios da harmonia e independência dos Poderes”; AC 00214008-5/00, DJ 19/2/2002: “É inadmissível o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público, para obrigar o Município, através do Chefe do Executivo, e sob a alegação de defesa dos interesses relativos à infância e à adolescência, a instituir os

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se posicionou nesse sentido, afirmando que não cabe ao juiz “*substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas*”, tendo em vista que “*ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração*”<sup>120</sup>.

Esse entendimento, embora possa se justificar em um ambiente clássico do constitucionalismo liberal, não é condizente com o modelo estatal traçado na Constituição de 1988, pois, ao fixar diretrizes aos poderes públicos, houve a intenção de que essas diretrizes fossem efetivamente implementadas. Se eventualmente não forem, é inquestionável que estará havendo uma violação à norma constitucional por omissão. Nesse caso, como o Judiciário é o guardião da Constituição, devendo zelar pela sua supremacia, nada mais natural do que determinar que o poder público efetive os comandos constitucionais. Se para efetivar os comandos constitucionais for necessária a construção de obras de infra-estrutura, natural também que essa seja a ordem do juiz, com o fim de alcançar a máxima realização dos objetivos constitucionais.

Por esse motivo, em certos casos, o Judiciário tem obrigado o Poder Público a construir a infra-estrutura básica necessária à proteção da saúde da coletividade, sem que, com isso, tenha sido acusado de estar violando o princípio da harmonia entre os poderes.

Um caso interessante foi julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Tratava-se de uma ação civil pública visando determinar a interdição, para fins de recreação e consumo, das águas de uma cachoeira conhecida como “Cachoeira do Brumado”. A decisão, concessiva da liminar, baseou-se em análises feitas pela Universidade Federal de Ouro Preto, pelo Laboratório Beling e pelo Centro de Apoio Operacional Estadual do Ministério Público, em que ficou constatado, na localidade, a presença de moluscos hospedeiros intermediários do helminto “*Schistosoma mansoni*”,

---

estabelecimentos de abrigo, de semi-liberdade e de internação, de acordo com os preceitos do ECA, sem qualquer previsão orçamentária específica para tanto, pois tal medida configura invasão e usurpação de competência que não lhe pertence”; AC 000.213.251-2/00, DJ 1/2/2002: “não pode o Ministério Público compelir o Município a promover a instalação de serviços médicos de emergência, com funcionamento durante a noite, feriados e fins de semana, por se tratar de assunto afeto à competência do Município e envolver ingerência indébita do Judiciário no Executivo”; TJPE, AC 439554, DJ 23/4/2002, em que ficou consignado que não cabe ao Judiciário impor ao Município a criação de um matadouro público, pois a conveniência de despesas pertence ao poder público; TJMG AI 000.150.775-5/00, DJ 15/10/1999 e 000.159.176-7/00, DJ 17/10/2000, em que foi decidido que não cabe impor ao Município a obrigação de criar novas vagas ou leitos em CTI infantil de alto risco.

<sup>120</sup> RESP 169.876/SP, DJ 12/9/1998, p. 70. No mesmo sentido, RESP 252083/RJ, DJU 23/3/2002, p. 415: “o juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público”.

parasito intravascular causador de doenças graves, evoluindo em seguida para esquistossomose aguda ou crônica.

Na decisão, além da interdição da cachoeira, impôs-se ao Município a obrigação de providenciar a afixação das placas de interdição na localidade, em local visível e em número suficiente para que todas as pessoas que aportem naquela localidade tenham pleno conhecimento da situação imprópria à recreação, bem como que o Município sinalizasse o local com bandeiras vermelhas contendo a palavra “poluída”. A decisão foi confirmada pelo Tribunal<sup>121</sup>.

O julgado merece aplausos pela correta extensão que se deu às possibilidades de concretização judicial do direito à saúde, pela consistência da argumentação e pela imposição de obrigações de fácil solução ao poder público que não estava cumprindo o seu dever constitucional de zelar pela saúde da coletividade.

Em outra situação, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região obrigou um hospital a adquirir um aparelho para cirurgia cardíaca (Cardioversor Desfibrilador Automático) que não constava na lista do SUS<sup>122</sup>. No caso, embora o intuito fosse proteger o direito à saúde de um único paciente, houve o reconhecimento de que a necessidade de o Poder Público oferecer os equipamentos necessários à proteção da saúde é decorrência do direito previsto no art. 196, da CF/88.

No Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça, apreciando um Agravo de Instrumento<sup>123</sup>, confirmou uma liminar proferida em ação civil pública que obrigou o Município de Passo Fundo a adquirir autoclaves para esterilização de instrumentos médicos.

Outros casos podem ser citados em que o Poder Público foi compelido judicialmente a construir obras capazes de efetivar as normas constitucionais de proteção à saúde, como por exemplo:

a) decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que compeliu um Município (Sertãozinho) a construir um aterro sanitário capaz de impedir os danos decorrentes da inadequada destinação final do lixo urbano<sup>124</sup>;

b) decisão da Justiça Federal do Rio Grande do Norte, obrigando os Municípios de Natal e Parnamirim a construírem um aterro sanitário no prazo de um ano<sup>125</sup>;

---

<sup>121</sup> Agravo 000.264.792/00, DJ 3/5/2002.

<sup>122</sup> REO 30700/RJ, Rel. Juiz Raldênio Costa, DJU 19/6/2001.

<sup>123</sup> AI 70004224770, j. 26/6/2002.

<sup>124</sup> AC 113882-1/SP, DJU 17/8/1989.

<sup>125</sup> Proc. 98.362-4. Os fundamentos da sentença proferida pelo então Juiz Federal (hoje, Desembargador Federal) Luiz Alberto Gurgel de Faria apenas indiretamente tratam do direito à saúde. Na verdade, o ponto principal da argumentação foi o fato de que o aterro então existente ficava muito próximo ao

c) decisão do Tribunal de Justiça do Maranhão, obrigando o Município da Barra da Corda a solucionar o problema da comercialização de carne no mercado da cidade<sup>126</sup>;

d) decisão do Tribunal de Justiça do Maranhão, determinando que o Município de São Luiz solucione problemas de ordem sanitária em unidade de saúde, por estarem sendo descumpridas regras básicas de fácil solução, tais como limpeza do prédio, acondicionamento de materiais hospitalares, armazenamento de lixo etc<sup>127</sup>;

e) decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais obrigando o Município a priorizar os serviços de água e esgoto sanitário, cuja finalidade seria proteger a saúde pública, devendo, para tanto, incluir na próxima proposta orçamentária as verbas necessárias à implementação dos serviços<sup>128</sup>;

f) ação civil pública visando a reintegração de agentes sanitários responsáveis por campanhas de prevenção e combate a epidemias e doenças endêmicas, cuja demissão generalizada poderia gerar danos irreparáveis à saúde da coletividade<sup>129</sup>;

g) decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso<sup>130</sup> condenando o Município de Cuiabá à obrigação de fazer, consistente na escolha de outra área ou local destinado ao tratamento final dos resíduos sólidos produzidos em sua zona urbana, que, conforme comprovado no processo, estavam sendo depositados em local inadequado, e, ainda, na obrigação de recuperar a vegetação ciliar de preservação permanente de curso d'água ali existente.

Como se observa, são comuns as decisões impondo obrigações de fazer aos poderes públicos, inclusive quando são necessários gastos públicos de grande monta para o cumprimento da decisão.

---

aeroporto e estava colocando em risco a segurança aeroportuária. A sentença está disponível em URL: [http://www.jfn.gov.br:81/webdocs/Juiz\\_LAGF/LAG0011.doc](http://www.jfn.gov.br:81/webdocs/Juiz_LAGF/LAG0011.doc).

<sup>126</sup> AC 10861997, DJ 28/6/2000: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO. MERCADO DE CARNE. HIGIENE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. AUTO GESTÃO. INTERFERÊNCIA. POSSIBILIDADE. MULTA. I - A autonomia municipal, prerrogativa intangível do ente estatal de se auto administrar; pode, em situações excepcionais, sofrer interferências do Poder Judiciário para obrigar o administrador a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, quando esse atuar é tão abrangente que afeta a saúde pública da população em sua totalidade; é o caso do Prefeito, que apesar das advertências do Ministério Público e do Centro de Vigilância Sanitária, mantém operando o mercado público que concentra a comercialização de carne da cidade, sem reunir as mínimas condições de higiene, expondo toda a população a doenças, e não esboça a menor reação para solucionar o problema. II - A imposição de multa nas obrigações de fazer é uma regra geral, muito utilizada para reforçar a efetivação de ordens judiciais, entretanto, para a aplicação da penalidade exige-se que as condições fiquem muito claras na decisão; sem a fixação de uma multa quando do deferimento da liminar, resta contraditória a condenação na sentença, fazendo a penalidade retroagir à data do despacho”.

<sup>127</sup> AI 98922001, DJ 13/9/2001.

<sup>128</sup> AC 000.174.472-1/00, DJ 5/10/2000.

<sup>129</sup> STJ, RESP 177883/PE, DJ 1º/7/2002, p. 410.

<sup>130</sup> Reexame Necessário 847, j. 19/3/1996.

É preciso que fique claro, no entanto, que a regra é a não-interferência do Poder Judiciário na zona de discricionariedade do Administrador. Apenas quando ficar demonstrado (reserva de consistência) que a atuação administrativa está aquém das expectativas constitucionais, como nos exemplos citados, será legítimo o controle judicial, inclusive para impor obrigações. Quanto maior for o diálogo e a consistência da decisão, maior será a sua legitimidade e, conseqüentemente, menor será a chance de o Judiciário ser acusado de estar interferindo indevidamente no raio de ação do administrador público<sup>131</sup>. Veja-se que, nas situações descritas, as ordens procuraram sempre respeitar a reserva do possível, tanto que, na maior parte, exigem que o Poder Público inclua na proposta orçamentária do ano seguinte as verbas necessárias ao cumprimento da ordem.

---

<sup>131</sup> Como explica Sérgio MORO, “o juiz constitucional não deve desconhecer seus limites. Quanto mais intensa a atividade da jurisdição constitucional, maiores serão os questionamentos acerca da legitimidade da interferência judicial em regime democrático” (**Jurisdição Constitucional como Democracia**. Tese de Doutorado, p. 40).

## 8. Conclusão

É conhecido o provérbio segundo o qual as leis são mais sábias do que os legisladores. No caso dos direitos fundamentais, pode-se dizer que as normas constitucionais definidoras desses direitos são muito mais sábias do que o próprio aplicador da norma.

A concretização de um direito fundamental exige um alto grau de criatividade por parte do juiz, até porque os direitos constitucionais são tão mais difíceis de concretizar quanto mais eles prometem<sup>132</sup>.

Para extrair o máximo de efetividade da norma, é necessário que sejam superados os próprios limites intelectuais do operador jurídico, muitas vezes buscando ajuda em outras áreas do conhecimento científico que não o direito.

Além de criatividade, precisa-se de coragem para enfrentar os relevantes problemas sócio-políticos que, tradicionalmente, não diziam respeito ao Judiciário. Aquela postura de antigamente, em que o Judiciário “varria para debaixo do tapete”<sup>133</sup> a solução de problemas fundamentais, através de expedientes citados neste trabalho, como, por exemplo, a discricionariedade absoluta do administrador e do legislador, a vedação de atuação do juiz como legislador positivo, a inexistência de previsão orçamentária, não pode ser mais tolerada.

Diante de normas dotadas de *fundamentalidade*, como o direito à saúde, exige-se uma postura menos passiva, atuando o Judiciário como um *catalisador* da vontade constitucional, através de imposições de deveres aos Poderes Públicos, mesmo que isso resulte em ônus financeiros, em supressão de vazios legislativos ou em implementação de políticas públicas.

Por outro lado, não basta criatividade e coragem, o que poderia dar margem a abusos ou inconvenientes. É fundamental também que o Judiciário tenha humildade para ter consciência de suas limitações e fraquezas.

O juiz não é superior a qualquer outro cidadão e, por isso, não pode querer ser, isoladamente, uma espécie de “super-herói constitucional”, capaz de salvar todas as normas da Constituição com sua “caneta mágica”. Estar consciente de suas limitações é um ponto fundamental para legitimar a atuação do juiz constitucional.

Porém, um Judiciário criativo, ousado e humilde ainda não é suficiente para possibilitar uma boa concretização judicial de direitos

---

<sup>132</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*, p. 58. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, São Paulo: Renovar, 1999, pp. 55/66.

<sup>133</sup> A expressão é de Earl WARREN, conforme MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Tese de Doutorado, p. 40.

fundamentais. É necessária uma boa estrutura que permita o desenvolvimento da litigiosidade em direitos fundamentais, estrutura essa que passa desde a educação e conscientização em direitos fundamentais (cidadania popular em direitos fundamentais) até a efetiva concretização, no estágio final do processo, das ordens proferidas pelos juízes, estruturando devidamente o Judiciário, o processo e a própria máquina estatal como um todo.

Nesse sentido, são inspiradoras as palavras de Leonardo Resende MARTINS:

“O acesso à justiça, inscrito no rol dos direitos fundamentais, ainda clama por efetividade, que só será alcançada quando os cidadãos tiverem consciência de seus direitos e puderem contar com um Poder Judiciário aberto a demandas populares emergentes, cada vez mais complexas, reflexo das contradições que permeiam a sociedade.

Para isto, é necessário que o operador jurídico, consciente de seu papel como agente de transformação social, abandone a feição retórico-legalista e o excessivo formalismo, que caracterizam a visão tradicional do direito, para, mediante uma hermenêutica flexível e criativa, construir uma ‘práxis emancipatória’, comprometida com a satisfação dos anseios da sociedade e com a concretização dos direitos fundamentais, sustentáculo da fórmula política do Estado Democrático de Direito”<sup>134</sup>.

Em matéria de direito à saúde, é possível perceber, felizmente, que o Judiciário está cada vez mais receptivo a chamar para si a responsabilidade, ainda que subsidiária, de concretizar a vontade constitucional. Os avanços são nítidos, apesar de ainda existirem alguns posicionamentos judiciais que preferem “varrer para debaixo do tapete” os problemas para os quais a sociedade clama por uma resposta jurisdicional.

A única crítica que pode ser feita refere-se ao déficit de consistência de algumas decisões, explicada em parte pela falta de estrutura da máquina judiciária e mentalidade privatista de alguns juízes. O postulado da reserva de consistência merece ser melhor desenvolvido na prática, inclusive quanto ao seu aspecto de democratização do processo (maior participação da sociedade na jurisdição constitucional), a fim de que o Judiciário possa avançar ao máximo na proteção da supremacia constitucional sem ultrapassar as barreiras que a própria Constituição lhe impõe.

A concretização do direito à saúde é um processo sem fim, que passa pelo comprometimento de inúmeras instâncias de poder, dentre as

---

<sup>134</sup> MARTINS, Leonardo Resende. Operadores do Direito e Mudança Social, p. 169. In: **Revista Themis**, n. 1, Fortaleza: Esmec, 2000, pp. 163/169.

quais a esfera judicial é apenas uma delas, talvez a menos importante e que exige um comprometimento ético de toda as pessoas<sup>135</sup>. Na verdade, o melhor seria que os Poderes Públicos levassem a sério a concretização dos direitos fundamentais e, com mais “vontade de Constituição”, conseguissem oferecer um serviço de saúde de qualidade a toda a população, independentemente de qualquer manifestação do Poder Judiciário. Como atualmente essa situação ideal está longe de ser realidade, é imprescindível a atuação jurisdicional para que pelo menos aqueles que batem à porta da Justiça possam usufruir, na mínima dimensão desejável, o direito conferido pela Constituição.

Feliz será o dia em que não for mais necessária a intervenção judicial na concretização do direito à saúde. Enquanto esse dia não chegar, este trabalho terá algum sentido.

---

<sup>135</sup> Cf. DALLARI, Dalmo. *Ética Sanitária*, p. 137. In: **Manual Conceitual do Curso de Especialização à Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília: Unb, 2002, p. 119/140.

## BIBLIOGRAFIA

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madri: Trota, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2001.
- ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 217, São Paulo: Renovar, 1999, pp. 55/66.
- \_\_\_\_\_. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, São Paulo: Renovar, 1999, pp. 74/75.
- BALERA, Wagner. *O Direito Constitucional à Saúde*. In: **Revista de Previdência Social**, n. 134, São Paulo: LTr, 1992, pp. 17/21.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 7ª ed. Brasília: UnB, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BULO, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMPO, José Jiménez. **Derechos Fundamentales. Concepto y garantías**. Madrid: Trota, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Lisboa: Almedina, 2002.
- CARVALHO, Amílton Bueno de. *Jurista Orgânico: uma contribuição*. In: **Revista da Ajuris**, n.º 42, Porto Alegre: Ajuris, 1988.

- \_\_\_\_\_. *Papel de Juízes na Democracia*. In: **Revista da Ajuris** n.º 70, Porto Alegre: Ajuris, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *As Novas Funções Judiciais no Estado Moderno*. In: **Revista da Ajuris**, n.º 37, Porto Alegre: Ajuris, 1986.
- \_\_\_\_\_. *O Papel do Juiz na Efetivação dos Direitos Humanos*. In: **Direitos Humanos: visões contemporâneas**. São Paulo: Associação Juízes para Democracia, 2001, p. 15/30.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. São Paulo: Renovar, 2002.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentário à Constituição de 1988**. V. II, Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- DALLARI, Dalmo. **O que são os Direitos da Pessoa**. 5ª ed. Brasília: Brasiliense, 1985.
- \_\_\_\_\_. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Ética Sanitária*. In: **Manual Conceitual do Curso de Especialização à Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília: Unb, 2002, p. 119/140.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. In: **Manual Conceitual do Curso de Especialização à Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília: Unb, 2002, p. 47/72.
- ELIAS, Paulo Eduardo. *A Saúde como Política Social no Brasil*. In: **Direitos Humanos: visões contemporâneas**. São Paulo: Associação Juízes para Democracia, 2001, p. 135/146.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FARENA, Duciran Van Marsen. *A Saúde na Constituição Federal*. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**, n. 4, 1997, p. 12/14
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. *A Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 224. In: SARAIVA, Paulo Lopo. **Antologia Luso-**

- Brasileira de Direito Constitucional.** Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda, 1992.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos Humanos na Educação e Saúde.* In: **Direitos Humanos: visões contemporâneas.** São Paulo: Associação Juízes para Democracia, 2001, p. 147/158.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997
- GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – A Busca de Uma Exegese Emancipatória.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- GOUVÊA, Marcos Masseli. **O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos.** Rio de Janeiro: Slaib Filho. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: [http://www.nagib.net/texto/varied\\_16.doc](http://www.nagib.net/texto/varied_16.doc) (Consultado em 10.9.2002).
- GRAU, Eros Roberto. *Despesa Pública. Conflito entre Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas. O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública.* In: **Revista Trimestral de Direito Público,** São Paulo, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, 2ª edição: resenha de um prefácio.* In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição Dirigente,** São Paulo: Renovar, 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional.** Fortaleza: UFC, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Processual da Constituição.** 2ª ed. São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Processual Constitucional.** Porto Alegre: Síntese, 1999.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LIMA, George Marmelstein. *A Força Normativa dos Princípios Constitucionais.* In: **Revista da OAB-Ce ,** nº 5, Fortaleza: FESAC, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A hierarquia dos Princípios Constitucionais e a Colisão de Direitos Fundamentais.* In: **Revista Independente do Ministério Público,** n. 5, Fortaleza, 2001.

- \_\_\_\_\_. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Fundamental à Ação: um estudo constitucionalmente adequado acerca das limitações ao direito de ação*. In: **Revista Themis**, nº 1, Fortaleza: Esmec, 2000, p. 125/151.
- \_\_\_\_\_. *Os Juristas e os Poetas*. In: **Jornal da Ajufer** nº5, Brasília, /2002, p. 3.
- \_\_\_\_\_. *Servidor Público – Revisão Geral Anual da Remuneração – Omissão Legislativa*. In: **Revista de Direito Administrativo** nº 227, São Paulo: Renovar, 2002, p. 362.
- \_\_\_\_\_. *A Multifuncionalidade dos Princípios Constitucionais*. In: **Diálogo Jurídico** nº 1, Fortaleza: Universidade Farias Brito, 2002, p. 211.
- \_\_\_\_\_. **Direito Fundamental à Ação**. Fortaleza: Premium, 2001
- \_\_\_\_\_. **Os Direitos Fundamentais e o Poder Judiciário**. Fortaleza: Premium, 2001.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- MARTINS, Ivens Gandra. *Ordem Judicial de Pagamento – Ausência de Recursos Orçamentários – Teoria de Impossibilidade Material*. In: **Revisa de Direito Administrativo**, São Paulo, 1992.
- MARTINS, Leonardo Resende. *Acesso à Justiça e Educação Popular em Direitos Fundamentais*. In: **Direito Federal** n. 70, Brasília: Associação dos Juízes Federais do Brasil, 2002, p. 229/238.
- \_\_\_\_\_. *Operadores do Direito e Mudança Social*. In: **Revista Themis**, n. 1, Fortaleza: Esmec, 2000, pp. 163/169.
- MAUÉS, Antônio G. Moreira & SIMÕES, Sandro Alex. *Direito Público Sanitário Constitucional*. In: **Manual Conceitual do Curso de Especialização à Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília: Unb, 2002, p. 477/512.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais – Introdução Geral. Apontamentos das Aulas**. Lisboa: Lisboa, 1999.

- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Judicial da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.
- MORAES, Guilherme Peña. **Direitos Fundamentais. Conflitos & Soluções**. São Paulo: Labor Juris, 2000.
- MORO, Sérgio Fernando. **Legislação Suspeita? Afastamento da Presunção de Constitucionalidade da Lei**. Curitiba: Juruá, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Desenvolvimento e Efetivação das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Tese de Doutorado, Curitiba, Tese de Doutorado, 2002.
- MOSCOGLIATO, Marcelo. *Direito à Saúde e Tutela Antecipada*. In: **Boletim dos Procuradores da República**, Brasília, 1998, pp. 18/20.
- PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- RUFFIA, Biscaretti Di. **Direito Constitucional: Instituições de Direito Público**. Trad. Maria Helena Diniz. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999.
- SARAIVA, Paulo Lopo (org.). **Antologia Luso-Brasileira de Direito Constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988*, p. 98. In: **Interesse Público** n. 12, São Paulo: Nota Dez, 2001, pp. 91/107
- \_\_\_\_\_. *Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição*, p. 121. In: **Revista da Ajuris** n. 66, Porto Alegre: Ajuris, 1996

- SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *A Saúde como Direito Público Subjetivo e Fundamental do Homem e sua Efetivação*. In: **Revista da Ajuris**, n. 83, Porto Alegre: Ajuris, 2001, pp. 179/200.
- SILVA, A. C. Pacheco e. *Direito à Saúde no Brasil*. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 160, Brasília: Ministério da Justiça, 1981, p. 189/199.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: Ltr., 1999.
- TESSLER, Marga Inge Barth. *O Direito à Saúde como Direito e como Dever na Constituição Federal de 1988*. in: **Revista Direito Federal** n. 67, Brasília: Ajufe, 2001, p. 189/218.
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social*. In: **Manual Conceitual do Curso de Especialização à Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal**. Brasília: Unb, 2002, p. 29/46.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

## SÍTIOS CONSULTADOS

Justiça Federal do Rio Grande do Norte:  
<http://www.jfrn.gov.br>

Tribunal de Justiça de Goiás: <http://www.tj.go.gov.br>

Tribunal de Justiça do Maranhão: <http://www.tj.ma.gov.br>

Tribunal de Justiça de Minas Gerais: <http://www.tj.mg.gov.br>

Tribunal de Justiça de Pernambuco: <http://www.tj.pe.gov.br>

Tribunal de Justiça de Santa Catarina: <http://www.tj.sc.gov.br>

Tribunal de Justiça de Sergipe: <http://www.tj.se.gov.br>

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:  
<http://www.tjrs.gov.br>

Conselho da Justiça Federal: <http://www.cjf.gov.br>

Superior Tribunal de Justiça: <http://www.stj.gov.br>

Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.gov.br>

Google: <http://www.google.com.br>

Jus Navigandi: <http://www.jus.com.br>

Neófito: <http://www.neofito.com.br>

Site de George Marmelstein:  
<http://www.georgemlima.hpg.com.br>