



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

Área: Ciências Jurídicas

**A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRESTAÇÃO À
SAÚDE, NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL,
PELO PODER JUDICIÁRIO**

Trabalho apresentado para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: André Carvalho Luz

Orientador: Doutor Edilsom Pereira de Farias

Lisboa 2012

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

**A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRESTAÇÃO À
SAÚDE, NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO
POSSÍVEL, PELO PODER JUDICIÁRIO.**

Autor: André Carvalho Luz

Dissertação para a obtenção do grau de
Mestre em Ciências Jurídicas pela
Universidade Autónoma de Lisboa, sob
orientação do Professor Doutor
Edilson Pereira de Farias.

**Teresina/Piauí
Abril/2012**

André Carvalho Luz

**“A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRESTAÇÃO
À SAÚDE, NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO
POSSÍVEL, PELO PODER JUDICIÁRIO.”**

Dissertação aprovada como requisito à
obtenção do título de Mestre em Direito pelo
Curso de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Autónoma de Lisboa – UAL.
Em Lisboa Portugal. Data da Defesa:
____/____/2012.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. – _____.

Julgamento: _____.

Assinatura: _____.

Prof. Dr. – _____.

Julgamento: _____.

Assinatura: _____.

Prof. Dr. – _____.

Julgamento: _____.

Assinatura: _____.

DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar a Deus, por tudo que fez e faz constantemente em minha vida.

A minha querida e amada mãe Margareth, pelo exemplo de luta, força e ajuda ao próximo e por seu suporte incondicional, sempre.

Ao meu pai Claudiomar por me apoiar e estimular para o término deste sonho.

Aos meus irmãos, Cláudio por acompanhar e presenciar a luta diária em todas as fases importantes de minha vida pessoal e profissional, Vinícius e Natália e meu sobrinho Rafael, mesmo longe que me apoiam e torcem por mim.

Aos meus vários primos, amigos-irmãos e amigas-irmãs, não podendo deixar de citar Laurindo, Tony, Pierot, Francisca Ramos, Tuísa, Clayane, Marcondes e outros, que com seus gestos e suas palavras serviram como estímulo e suporte ao fim desta jornada.

Em especial ao Francisco de Sousa Vieira Filho, pela paciência nas longas conversas e pela amizade que surgiu durante todo andamento do curso e ainda persiste.

E *in memorium*, à Dona Helena, pelo amor, carinho e cuidado desde sempre e além, e, ao Prof. Marcílio Flávio Rangel de Farias, por sempre incentivar e acreditar no estudo como forma de engrandecimento e desenvolvimento das pessoas, sem esquecer o lado humanista, que me foi passado pelo breve tempo em que convivemos.

AGRADECIMENTOS

Especiais aos Professores Doutores,

Edilsom Pereira de Farias, meu professor e orientador, por suas claras e importantes lições a guiar todo o trabalho realizado de forma cuidadosa.

E ao Emmanuel Sabino, Presidente do FORUM (Centro de Formação, Estudos e Pesquisas), por todo apoio moral, fraterno e intelectual, não se esquecendo da ótima estrutura e principalmente no quesito pessoal (professores e funcionários), que nos foram dispostos para a concretização e término desta aspiração.

“A conquista da liberdade é algo que faz tanta poeira, que por medo da bagunça, preferimos, normalmente, optar pela arrumação”.

Carlos Drummond de Andrade.

“Quando alguém compreende que é contrário à sua dignidade de homem obedecer a leis injustas, nenhuma tirania pode escravizá-lo”.

Mohandas Karamchand Gandhi – ‘Mahatma Gandhi’.

RESUMO

A presente dissertação analisa o conceito de Direitos Fundamentais Sociais, com especial atenção ao direito social à saúde. O tema é dividido, de forma a refletir sobre o problema da efetividade dos direitos sociais, numa visão doutrinária como norma programática, sem eficácia direta ao Poder Público, e os contra argumentos desta antiga denominação, demonstrando a correta e atual classificação dos direitos de 2ª geração, definidos como verdadeiros direitos prestacionais, em suas perspectivas objetiva e subjetiva. Somado a isto, o intento é demonstrar, em um primeiro momento, a correlação do Direito Fundamental à saúde caracterizado como indisponível, e com: i) princípio da dignidade da pessoa humana; ii) mínimo existencial; iii) princípio da máxima eficácia da Constituição; iv) princípio, máxima ou critério da proporcionalidade; v) teoria da efetividade das normas constitucionais; vi) princípio da reserva do possível; vii) necessidade de recursos financeiros para materialização do direito; viii) princípio da proibição do retrocesso social; e, ix) eficácia horizontal do direito à saúde. Tudo isto, conforme posicionamento atualmente previsto na Doutrina em voga. Em seguida, explicaremos, de forma sucinta, tanto a realidade fática da saúde no Brasil e em Portugal, bem como delinearemos a forma em que o Poder Judiciário (Tribunais Superiores) nos países citados, atua para fins de assegurar ao cidadão (de forma coletiva, ou de forma individual), no tocante à garantia de acesso e proteção, por meio de prestações judiciais, à saúde, dentro do contexto da reserva do possível.

Palavras-chave: Direitos fundamentais – direito à saúde – princípios – dignidade da pessoa humana – mínimo existencial – teoria da efetividade – reserva do possível – Poder Judiciário Brasil – Portugal.

ABSTRACT

This dissertation examines the concept of fundamental rights, included the social, in particular health care. The theme is divided, in order to reflect about the problem of implementation of social rights, as a doctrinal standard programmatic vision, ineffective direct to the Government and the arguments against this ancient understanding, demonstrating the correct and current classification of the rights of two-dimensional, defined as true installment rights in its objective and subjective perspective. Added to this, we would try to demonstrate at first moment, the correlation of the fundamental health right, is characterized as unavailable, and between: i) the human dignity principle; ii) existential minimum; iii) the maximum efficiency of the constitution principle; iv) proportionality principle, maxim or criterion; v) theory of the effectiveness of constitutional norms; vi) possible reservation principle; vi) need for financial resources for the right realization; vii) the prohibition of social regression principle; viii) horizontal effectiveness of the health right. All this, as currently provided in the current teaching position. Then, we would like to explain, in short words, both the objective reality of healthcare in Brazil and Portugal, as well how, in which way the Judiciary Power (High Courts) in these countries, it acts for purposes of ensuring the citizen (collectively or individually) ensuring access and protection, through legal services, to the health, within the context of the possible reservation.

Keywords: Fundamental rights – health right – principle – human dignity – minimum existential – effectiveness theory – possible reservation – Judiciary Power – Brazil – Portugal.

Sumário

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	15
1. DEFINIÇÃO E CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.	15
2. O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO.	21
2.1 Modelos Clássicos – Normas Auto-aplicáveis e Normas Não-auto-aplicáveis.....	21
2.2 Críticas ao modelo Clássico.	23
3. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.	26
3.1 Novos modelos de classificação.	26
4. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE COMO DIREITO DE PRESTAÇÃO.....	29
4.1. Direitos prestacionais, nas perspectivas jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva.	32
CAPÍTULO II – DIREITOS PRESTACIONAIS E NORMAS CONSTITUCIONAIS.	35
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS OU DE 2ª DIMENSÃO.....	35
2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.	39
2.1 Características, função e consequências do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988.	43
3. CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL, PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO E TEORIA DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.	48
CAPÍTULO III – A EFICÁCIA JURÍDICA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	53
1. O DIREITO SOCIAL À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E INDISPONÍVEL.	53
2. PLAUSIBILIDADE DA EXISTÊNCIA DE ASPECTOS DISPONÍVEIS DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO.	56
3. O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	59
4. EXISTÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE.	63
5. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE – PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA (HARMONIZAÇÃO), PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E “MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE”, COM BASE NO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL.	66
6. EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL (SOCIAL) À SAÚDE EM FACE DE PARTICULARES (EFICÁCIA HORIZONTAL), COM BASE NO MÍNIMO EXISTENCIAL.	70
CAPÍTULO IV – A SAÚDE NO BRASIL E EM PORTUGAL. REALIDADE FÁTICA E JURÍDICA, POR MEIO DE DECISÕES ACERCA DO DIREITO À SAÚDE	76
1. BREVE DADOS ACERCA DA SAÚDE NO BRASIL.	76
2. SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	77
3. O ACESSO A JUSTIÇA COMO UM DIREITO CONSTITUCIONAL.	80
3.1 Jurisprudências Brasileiras acerca do Direito Fundamental Social à Saúde.	83
3.2 Entendimento da natureza obrigacional do Estado para a efetivação do Direito Fundamental à Saúde perante o Superior Tribunal de Justiça - STJ.....	84
3.2.1. Com relação a medicamentos.....	84
3.2.2. Decisões inovadoras acerca do acesso à saúde.....	86
3.3 Posicionamentos Jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal – STF acerca da obrigação do Poder Público efetivar o direito fundamental à saúde.	88
3.3.1. Com relação a medicamentos.....	89
3.3.2. Legitimidade do Ministério Público para a defesa do direito fundamental social à saúde.	90
3.3.3 Decisões diversas com objetivo de assegurar o acesso à saúde.....	91
3.3.4 Posicionamento mais atual referente à saúde. Marco jurisprudencial.	92

3.4 Decisões (minoritárias) em que negam a natureza obrigacional do Estado para a efetivação do Direito Fundamental à Saúde, via judicial.	97
4. BREVE VISÃO DA SAÚDE EM PORTUGAL.	99
4.1 Posicionamentos do Estado Português, acerca da obrigação do Poder Público efetivar o direito fundamental social à saúde via judicial.....	101
4.1.2 Breve visão acerca da natureza obrigacional do Estado para a efetivação do Direito Fundamental à Saúde perante o Tribunal Constitucional de Portugal - TC.	102
CONCLUSÕES	105
1. CONCLUSÕES GERAIS.....	105
2. CONCLUSÃO FINAL.	117
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	118

INTRODUÇÃO

A escolha do tema, a efetividade do Direito Fundamental de prestação à saúde no contexto do princípio da reserva do possível pelo Poder Judiciário, se deu pela finalidade de analisar se o direito fundamental social à saúde previsto no art. 6º e outros da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, poderá, ou não, ser suscetível de obrigatoriedade pelo Poder Público pela via judicial, dentro no contexto da reserva do possível, nos casos em que este direito não for posto à disposição da população ou do indivíduo.

No entender de grande parte da doutrina nacional, este direito não possui aplicabilidade imediata e direta, devendo ser cumprido no decorrer do tempo e na medida em que haja disponibilidade de recursos, votação do orçamento pelo Legislativo e a diretiva da política pública utilizada pelo Poder Executivo no exercício de seu mandato.

Tal modo de ver a efetividade do direito à saúde sempre polêmica, tendo em vista a forma como que esse direito fundamental social é ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, fixada pelas Constituições de Estados Democráticos de Direito. No Brasil, o art. 196, determina que é dever e obrigação do Estado Brasileiro, além do dispositivo contido no art. 23, inciso II, ambos da CFB/88, prevê que é de competência da União, dos Estados e dos Municípios assegurar saúde a todos, ou seja, o Estado brasileiro nas suas diferentes esferas de atuação tem a obrigação de assegurar o direito à saúde à população.

O Direito à saúde, no Brasil, principalmente realizado por parte do Poder Executivo, quando adota políticas públicas de prestação deste direito, bem como pelo Poder Legislativo quando vota o orçamento anual e os planos plurianuais, está muito aquém da real necessidade da população, e, de certa forma, muito diferente do modo como a Carta Magna dispõe.

De tal sorte que o direito à saúde é traduzido e efetivado quando o Estado oferece à população serviços como postos de saúde, clínicas, hospitais, farmácias populares, programas de prevenção e combate de doenças etc., tudo isto se transforma em mecanismos de acesso à saúde, sendo este em si, um fator primordial para manutenção da vida e consequentemente, para o desenvolvimento físico e mental da vida humana em todas as suas fases, desde a vida intrauterina, até a fase idosa, forma digna, e, especialmente para seu amadurecimento enquanto cidadão, e pra futura postulação de direitos e cumprimento de suas obrigações perante o Estado.

Existem diversos posicionamentos doutrinários, e com base nestes, buscaremos entender e responder diversos questionamentos, tais como: 1) O direito fundamental social à

saúde é passível de tutela judicial? O Poder Judiciário é a via correta para se buscar a satisfação do direito fundamental social à saúde constitucionalmente garantido, em caso de omissão ou prestação equivocada e errônea por parte do Poder Executivo e/ou do Poder Legislativo? Em que casos, o Ministério Público (federal ou estadual), Defensoria Pública, indivíduos, entidades de classes, associações civis de caráter nacional, estadual ou municipal podem interpor, ou não, ação via judicial para que o direito social à saúde seja garantido, respeitado e acima de tudo efetivado pelo Poder Executivo na implementação de políticas públicas e/ou Poder Legislativo que vota o orçamento para destinar recursos para este fim? E por fim entender em que casos e medidas o Poder Judiciário pode interferir na efetivação do direito fundamental à saúde?

E com apoio no atual entendimento da doutrina e jurisprudência podemos lançar acerca do debate travado sobre a efetividade dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, três hipóteses-correntes a seguir explicadas: 1ª) a tutela judicial imediata de todos os direitos fundamentais sociais, inclusive o direito à saúde, partindo da ideia de que são tão importantes que não podem ser deixados ao arbítrio do administrador público, que os executa, ou do legislador, que vota o orçamento destinando recursos para implementação do direito social à saúde; 2ª) tutelar apenas dos direitos fundamentais sociais negativos (garantias contra Estado), já que os direitos fundamentais positivos, como o direito à saúde (direito de prestação), por demandarem recursos, em observância ao princípio da reserva do possível, depende de mediação Legislativa e da política pública de saúde a ser implementada pelo Poder Executivo, não tendo aplicabilidade imediata, e sim, programas para o futuro; e, 3) a dos que entendem haver um núcleo de direito fundamental social à saúde a ser positivo, *in casu*, ligados ao *mínimo existencial*, que seria tutelável de forma imediata. Este consistiria num mínimo existencial do direito à saúde que pode ser demandado judicialmente, sob o pretexto de estarem ligados à dignidade da pessoa humana, e os demais direitos fundamentais sociais à saúde, seriam garantidos sob a *reserva do possível*, por meio de interposição Legislativa através do orçamento e das políticas públicas de saúde, definidas pelo Poder Executivo.

Analisaremos perante as constituições, leis, doutrina e jurisprudência brasileira e estrangeira se o Poder Judiciário pode dar efetividade ao direito fundamental social à saúde, no sentido de garantir a sua aplicabilidade e efetividade por parte do Poder Público de forma específica e individual e/ou geral e coletivamente. Tentaremos averiguar igualmente, na atual conjuntura, quais aspectos do direito à saúde está sendo observado pelo poder público e quais destes são passíveis de tutela judicial, além de evidenciar a fundamentação constitucional em

Portugal, comparando a forma como este lida com a positivação e a efetividade do direito à saúde em seu ordenamento jurídico. Pesquisaremos na doutrina jurídica nacional e estrangeira, e em especial na lusitana, se o direito à saúde pode ser efetivado pelo Poder Judiciário, bem como na jurisprudência destes países, decisões em que o Poder Judiciário obriga o Poder Público a garantir à saúde a sua população, analisando seus motivos e suas razões legais.

Por conseguinte, conferiremos se a efetivação do direito à saúde por parte do Judiciário viola o princípio da separação dos poderes inerente ao Estado Democrático de Direito, compreendendo quais formas jurídicas processuais que são cabíveis, perquirindo quais os legitimados para propositura destas, perante aquele Poder, com o fito de obrigar o Poder Público a assegurar o direito à saúde básica para população.

Iremos tratar no 1º capítulo – o conceito e definição de direitos fundamentais sociais, demonstrando o problema de sua efetivação, críticas e a atual classificação do direito social à saúde. Já no 2º capítulo, buscamos a definição dos direitos de 2ª dimensão, como direitos prestacionais em suas perspectivas (objetiva e subjetiva), além da caracterização: do princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, o princípio da máxima efetividade da Constituição e a teoria da efetividade das normas constitucionais.

No 3º capítulo, vamos definir o direito à saúde como direito fundamental indisponível, possibilidade da existência de aspectos disponíveis, e o princípio da reserva do possível, no sentido da existência de recursos materiais para materialização do direito à saúde. Explanando a necessidade de ponderação (harmonização, razoabilidade, proporcionalidade como “máxima”, critério ou princípio) baseado no princípio da proibição do retrocesso social, e a sua eficácia horizontal. Enquanto que, no 4º capítulo, daremos uma breve visão sobre a realidade fática no Brasil e em Portugal da saúde, bem como o Judiciário nestes países, em seus tribunais superiores, decidem e compreendem o direito fundamental à saúde, com base na doutrina atual.

E por fim no 5º capítulo, trataremos de finalizar o presente estudo com base na doutrina e jurisprudência, consoante todas acima elencadas, de forma a compreender o direito fundamental social à saúde como tão importante no ordenamento jurídico, o que pode ser visto, pela sua íntima ligação como um mínimo existencial digno que o ser humano deve receber por parte do Estado, servindo tal justificativa como meio de balizar a ponderação frente à reserva do possível, tudo isto, a depender do caso em concreto, colocado à disposição

do juiz, em face às particularidades do processo (autor, requerido, mérito e pedido), bem como outras conclusões ao final justificadas.

CAPÍTULO I – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1. Definição e conceito de Direitos Fundamentais e Direitos Fundamentais Sociais.

O termo “direito do homem” e “direito fundamental” consubstanciam que: o primeiro quanto à origem, correlaciona a direitos válidos a todos os povos, em todas as épocas, em suma, vinculam-se à natureza humana sem limite de tempo (visão jusnaturalista-universalista), enquanto que o segundo vocábulo, faz referência a direitos do ser humano¹, previstos no sistema jurídico-institucional registrados no tempo e em determinado espaço, ou seja, direitos objetivamente previstos numa determinada ordem jurídica, concreta e em vigor².

Complementa Ieda Tatiana Cury explicando, que não há diferenças entre as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais em sentido estrito, contudo, estas possuem significados diferentes de acordo com a época utilizada. A primeira expressão bastante empregada pelos jusnaturalistas dos séculos XVII a XIX se reporta ao direito natural e direito de liberdade decorrentes daquele. Já a segunda é usada em tratados internacionais ao expressarem as liberdades e direitos, sendo um vocábulo de cunho internacional, e por fim a terceira, que em sentido estrito se caracteriza como um grupo de normas que zelam pelos direitos e liberdades garantidos no direito positivo de um Estado, em especial, por seu caráter básico e fundamentador com limitação espacial e territorial numa ordem jurídica³.

Os direitos fundamentais possuem principalmente dois pontos de vistas importantes: o primeiro é que este parte de uma premissa mais filosófica, pois garantem ao ser humano a qualidade de pessoa, uma vez que os exclusivos titulares dos direitos fundamentais são os indivíduos humanos⁴; já o segundo ponto de vista refere-se ao início do gozo destes direitos humanos, pois estes só possuem a titulação de fundamentais quando positivados no ordenamento jurídico⁵.

¹ No mesmo sentido: “Os direitos fundamentalíssimos, antepondo-se à compreensão dos demais direitos fundamentais, correspondem às prerrogativas inerentes à pessoa humana considerada em si mesma”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 102.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina. 7ª ed. 5ª reimpressão. 2003. p.393.

³ CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1.

⁴ “Todo direito fundamental, no direito brasileiro, é também individual e, nesta medida, seu núcleo é intangível (CF art. 60, par.4º)”. FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 209-210.

⁵ CURY, Ieda Tatiana. *Op. Cit.* p 2.

Os direitos fundamentais humanos⁶ possuem uma inerente ligação com a dignidade humana, e seu objetivo é proteger os bens definidos numa sociedade democrática, por ser aquela premissa de ordem pública nos dois séculos que se passaram. Tendo, deste modo, importante componente de cunho moral e jurídico integrante do ordenamento jurídico, ultrapassando a antiga premissa de ideal a ser seguido e cumprido pelo Estado⁷.

Estes direitos vinculam-se a liberdade e dignidade humana, como valores históricos e filosóficos, possuindo um significado universal inerente como ideal da pessoa humana, sendo esta manifestada pela primeira vez com a revolução francesa na famosa Declaração dos Direitos do Homem de 1789⁸.

Outras expressões como conforme lição de Jorge Horacio Gentile:

“Derechos Humanos”, “Derechos del Hombre”, “Derechos Naturales”, “Derechos Innatos”, “Derechos Individuales”, “Derechos Fundamentales”, “Derechos Morales”, “Derechos Públicos Subjetivos”, “Derechos Subjetivos”, “Libertades Fundamentales” o “Libertades Públicas”, se usan indistintamente para referirse a estos derechos enumerados o no enumerados por las constituciones, las declaraciones y los tratados internacionales o las leyes que lo reconocen⁹.

Tais significados e outros¹⁰ serão importantes, pois tais expressões deverão ser utilizadas como sinônimo de direitos sociais fundamentais, dado ao objeto do presente estudo.

CARL SCHMITT *apud* BONAVIDES define os direitos fundamentais utilizando critérios (formais e materiais). Pelo critério formal, direitos fundamentais são considerados como os direitos ou garantias nomeados e especificados em um documento de cunho constitucional, possuindo como características serem possuidor de um maior grau de garantia ou de segurança, levando-se em conta a dificuldade de mudanças destes (nunca mudar – imutáveis, ou, uma mudança dificultada, *quorum* especial e somente por emenda a

⁶ No mesmo sentido: “Direitos Fundamentais do Homem (...). No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem, significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2009. p.178.

⁷ CURY, Ieda Tatiana. *Op. Cit.* p. 3.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. Malheiros, 2004, p.562.

⁹ GENTILE, Jorge Horacio. *El Fundamento de Los Derechos Humanos*. In Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC. n. 6. JUL/DEZ. São Paulo. 2005. p. 57.

¹⁰ “diferentes rótulos, tais como *direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas etc*”. BULOS, Uadi Lammêngos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. – São Paulo: Saraiva, 2008. p.404.

Constituição). Enquanto que, ao utilizarmos o critério material para identificar os direitos fundamentais, estes variam conforme os valores, princípios, ideologia, modalidade de Estado que a carta maior consagra, tendo cada Estado definido seus próprios e específicos direitos fundamentais¹¹. No mesmo sentido temos que os direitos fundamentais de primeira geração, compreendem os direitos e garantias políticas e individuais (liberdades públicas), que surgiram por meio da instituição da Carta Magna¹².

BULOS entende:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerente à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive. (...) ¹³.

Ao tempo, que define que direitos fundamentais (liberdades pública) em sentido amplo como:

(...) conjunto de normas constitucionais que consagram limitações jurídicas aos Poderes Públicos, projetando-se em três dimensões: civil (direitos da pessoa humana), política (direito de participação na ordem democrática) e econômico-social (direitos econômicos sociais). (...) cumprem as finalidades de defesa e de instrumentalização. Como *direitos de defesa*, permitem o ingresso em juízo para proteger bens lesados, proibindo os Poderes Públicos de Invadirem a esfera privada dos indivíduos. No posto de *direitos instrumentais*, consagram princípios informadores de toda a ordem jurídica (legalidade, isonomia, devido processo legal etc.), fornecendo-lhes os mecanismos de tutela (mandado de segurança, *habeas corpus*, *ação popular* etc.) A *finalidade instrumental* das liberdades públicas permite ao particular reivindicar do Estado: o cumprimento de prestações sociais (saúde, educação, lazer, moradia etc.)”¹⁴.

Robert Alexy demonstra a estrutura dos direitos fundamentais iniciando o conceito de *norma de direito fundamental*. Explica que o conceito de norma por ser uma expressão utilizada com vários significados e fonte de intermináveis polêmicas, adota sua concepção semântica de normas¹⁵, buscando distinguir “normas” e “enunciado normativo” sendo que, aquelas exprime um dever ser por expressões deônticas (pode, proibido e deve), e que toda norma pode ser difundida por meio de um enunciado normativo, e caso tenha expressão deôntica, será considerado enunciado deôntico¹⁶. As normas de direito fundamental são

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p.561.

¹² MORAES, Alexandre de. ***Direito Constitucional***. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.34.

¹³ BULOS, Uadi Lammêgos. *Op. Cit.* p.404.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgos. *Idem.* p.404-405.

¹⁵ ALEXY, Robert. ***Teoría de los Derechos Fundamentales***. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1993, reimpressão de 2002. Capítulo II.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Idem.* p.53.

somente algumas que estão previstas na Constituição ¹⁷, utilizando critérios materiais, estruturais e ou formais, este mais conveniente¹⁸, para identificá-los¹⁹. Ao passo que estabelece um conceito de disposições conforme previstos nos enunciados formulados nos art. 1 a 19 da Lei Fundamental Alemã, além de outros previstos nos artigos 20,§4º, 33, 38, 101,103 e 104, que conferem direitos individuais²⁰. Estas normas de direito fundamental podem estruturalmente expor-se como regras ou como princípio²¹.

Os princípios são normas com um alto grau de generalização²² e apresentam-se como mandados de otimização²³ (normas *prima facie*), são normas que possuem comandos para cumprimento na maior extensão possível (dentro das possibilidades fáticas e jurídicas)²⁴. Já as regras são normas com um baixo grau de generalidade²⁵, e que só podem ou não serem cumpridas, possuindo deste modo, determinações que deverão se realizar apenas nas possibilidades fáticas e jurídicas possíveis, delimitadas e fixadas na norma, o que significa uma diferenciação qualitativa e não de grau²⁶.

Na Constituição Brasileira, são proclamados como direitos fundamentais sociais em seu artigo 6º: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância e a assistência aos desamparados²⁷.

Estes direitos fundamentais possuem em comum a mesma origem principiológica, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, que seria nada além de que o reconhecimento no ordenamento jurídico à positivação dos direitos e garantias fundamentais²⁸.

Considera-se os direitos fundamentais sociais como direitos a ação positiva em sentido amplo, ao explicar a fórmula “**DabG**” que se figurar (**a**) como uma pessoa física titular do direito, (**b**) o Estado como titular da obrigação, e como objeto do direito (**G**), há uma ação

¹⁷ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.62.

¹⁸ “Más conveniente que la fundamentación del concepto de norma de derecho fundamental sobre criterios materiales y/o estructurales es su vinculación con un criterio *formal*, que apunte a la forma de la pósitoivización”. ALEXY, Robert. *Idem.* p.65.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Idem.* p.63.

²⁰ ALEXY, Robert. *Idem.* p.65.

²¹ ALEXY, Robert. *Idem.* p.81.

²² ALEXY, Robert. *Idem.* p.83.

²³ ALEXY, Robert. *Idem.* p.86

²⁴ ALEXY, Robert. *Idem.* p.82.

²⁵ ALEXY, Robert. *Idem.* p.83.

²⁶ ALEXY, Robert. *Idem.* p.87.

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p.208.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 97. *Apud* “Cf. J. C. Vieira de Andrade. *Direitos Fundamentais*. p. 83 e ss.”.

positiva, visualizando-se assim um direito a *ações positivas*²⁹, que se subdividem consoante à natureza da prestação devida: a) direitos à prestação fática³⁰, e b) direitos a uma ação normativa³¹. Afirma ainda, que todo direito a ação positiva é um direito à prestação, se apresentando como contrapartida do conceito de direito de defesa, que remete a uma omissão obrigatória por parte do Estado³², sendo que neste tipo de direito o que está ordenado é a omissão de ação, e naquele o que se ordena é a proteção e não a ação eleita como forma de cumpri-la³³.

Os direitos às prestações em sentido amplo constituem-se como direitos subjetivos constitucionais e podem ser divididos em 3 grandes grupos: a) direito a proteção³⁴; b) direito à organização e procedimento³⁵, subdividido em: b1) as competências de direito privado³⁶; b2) os procedimentos judiciais e administrativos³⁷ b3) a organização em sentido estrito³⁸; e, b4) a formação da vontade Estatal³⁹, e, c) direitos a prestações em sentido estrito⁴⁰.

SARLET propõe uma conceituação acerca dos direitos fundamentais, levando em conta a reunião de critérios formas e materiais, tornando assim um conceito aberto, dizendo:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e

²⁹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.187.

³⁰ “Se trata de un derecho a una acción positiva *fáctica* cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones, se fundamenta un derecho a un mínimo vital o se considera una "pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio". El hecho de que la realización de este tipo de derechos se lleve a cabo" de una forma en algún modo jurídica no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica. Para realización del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la realización de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes: el necesitado, de las condiciones mínimas de existencia y el que desea estudiar, de una plaza de estudios”. ALEXY, Robert. *Idem.* p.195.

³¹ ALEXY, Robert. *Idem.* p.195.

³² ALEXY, Robert. *Idem.* p.427.

³³ ALEXY, Robert. *Idem.* p.446-447.

³⁴ “Los derechos a protección pueden tener como objeto cosas muy diferentes. El espectro se extiende desde la protección frente a acciones de homicidio del tipo clásico, hasta la protección frente a los peligros del uso pacífico de la energía atómica. No sólo la vida y la salud son bienes posibles de protección, sino todo aquello que, desde aspectos iusfundamentales, es digno de ser protegido, por ejemplo, la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad. No menos variadas son las formas posibles de protección. Ellas abarcan, por ejemplo, la protección a través de normas del derecho penal, de normas del derecho procesal, de acciones administrativas y de la actuación fáctica”. ALEXY, Robert. *Idem.* p.436.

³⁵ ALEXY, Robert. *Idem.* p.457.

³⁶ ALEXY, Robert. *Idem.* p.468.

³⁷ ALEXY, Robert. *Idem.* p.472.

³⁸ ALEXY, Robert. *Idem.* p.474.

³⁹ ALEXY, Robert. *Idem.* p.481.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *Idem.* p.430.

significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura do Catálogo)⁴¹.

Não restam, dúvidas de que os direitos sociais são fundamentais, tendo como característica de verdadeiras liberdades positivas, com a obrigatoriedade de observância no Estado Social de Direito, que buscando a melhoria dos hipossuficientes visam à concretização de uma igualdade social, consagrado pelo art. 1º, IV da CF/88 como fundamento do Estado Democrático⁴².

Contudo, a aplicação das normas previstas no texto Constitucional resta-se claramente não condizentes na realidade social, conforme lição de José Fernando de Farias Castro:

Se, por um lado, a Constituição de 1988 anuncia normas pautadas em princípios e valores de um Estado Democrático de Direito, por outro, essas normas não foram efetivadas. A não efetivação dessas normas deve-se a vários fatores estruturais de nossa sociedade, mas sem dúvida, um desses fatores é determinado pelo profundo enraizamento de uma cultura jurídica descompromissada com valores democráticos. No Brasil, verificamos a ausência de uma cultura constitucional que se reflete no atual esvaziamento dos fundamentais direitos sociais da Constituição de 1988. Os direitos sociais estão sendo colocados em questão pelos neoliberais não porque não são vistos como valores políticos fundamentais. Além disso, a ausência de uma cultura constitucional vai de par com a inexistência de uma cultura democrática; temos uma democracia de baixa intensidade, que se revela pelo abismo perverso existente entre princípios constitucionais fundamentais e a realidade social, entre cidadãos e subcidadãos, entre incluídos e excluídos⁴³.

Tal situação também se deve ao fato de que a Assembleia Constituinte brasileira redigiu um aglomerado heterogêneo e abrangente de direitos sociais, que em virtude da péssima sistematização de normas pela técnica legislativa daquela acabou por acarretar vários problemas na compreensão de que estes são considerados como fundamentais⁴⁴.

Neste sentido citamos a lição de FARIAS CASTRO, entendendo que a democracia que for capaz de pronunciar diretrizes universais com o particular, dissenso com o consenso e diversidade com unidade, pois somente com efetividade de valores substantivos no cotidiano, tais como, liberdade, solidariedade e diversidade que se constrói o que ele chama de

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 82.

⁴² MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p.206.

⁴³ FARIAS CASTRO, José Fernando de: *Os Desafios da Democracia*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. N.3 jan/jun. 2004. Editora Método. 2004. p.421.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado*. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 16, nº 61 Jan-mar. 2007. BRASILCON. p. 95.

democracia complexa, não se esquecendo de levar em conta que no Brasil, há um abismo perverso entre os princípios constitucionais fundamentais e a realidade social. Concluindo:

considerando que a sociedade brasileira é marcada historicamente, pela exclusão política, social e econômica, que nega diariamente a existência de um espaço público democrático, a investigação sobre a questão da Constituição deve levar em conta a especificidade da sociedade brasileira, principalmente um dos problemas do nosso sistema jurídica atual: o da não efetividade de muitos princípios contidos na Constituição de 1988, principalmente aqueles que se referem à justiça social, aos direitos sociais à cidadania e a solidariedade⁴⁵.

É justamente, como está sendo efetivados os direitos fundamentais sociais, na Constituição, em especial à saúde, que pretendemos investigar com base na doutrina e no final pelas decisões judiciais do Brasil e de Portugal. Tais problemas de interpretação e efetivação das normas de direitos fundamentais sociais, adiante explanados.

2. O Problema da Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais Previstos na Constituição.

2.1 Modelos Clássicos – Normas Auto-aplicáveis e Normas Não-auto-aplicáveis.

A teoria clássica da dicotomia das normas constitucionais, difundida por autores norte-americanos, onde as normas estas poderiam ser divididas em: a) *self executing provisions* – auto-aplicáveis ou auto-executáveis; e b) *not self executing provisions* – não auto-aplicáveis ou não auto executáveis⁴⁶. No dizer de Ruy Barbosa *apud* SILVA aplicáveis por si mesmas ou bastante em si, e, não executáveis por si mesmas ou não bastante em si⁴⁷.

Ruy Barbosa entendia que com base na expressão literal do enunciado e do conteúdo da norma é que se poderá compreender para quem este preceito é orientado, ou para o Legislador, ou para o Judiciário, dependendo da circunstância e de a norma exigir ou não uma complementação legislativa, de acordo com o fato desta norma gerar efeito jurídico, ou apenas conter comandos princípios de cunho universal e geral, conforme decisão da Suprema Corte do Estado de Washington no caso *Anderson v. Whatcom County*:

⁴⁵ FARIAS CASTRO, José Fernando de: *Op. Cit.* p.401.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo *Op. Cit.* p.241.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2009. p.73.

A questão, em cada espécie, vem a ser se a linguagem do texto constitucional se dirige aos Tribunais ou aos legisladores. Indicará ella que a disposição fosse destinada a construir uma norma posta, desde logo em effeito, como já completa na sua plenitude cabal de lei definitiva: Ou denotará que aguardava, para se applicar, a legislação ulterior? É o que se ha de apurar, estudando-se-lhe, não só o contexto da redacção, mas também a natureza intrínseca do conteúdo. Se a natureza da extensão do direito conferido, ou do encargo do imposto se acham definidos tão inteiramente no próprio texto, que, para os averiguar baste o exame, a intelligencia dos seus proprios termos, e se na linguagem delles não ha indício nenhum de que a matéria foi confiada à acção legislativa, então se deverá concluir que a disposição é executável por si mesma⁴⁸.

A simples e pura classificação de normas previstas na constituição em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, não faz jus ao reconhecimento dos efeitos, realidade das coisas e bem como das exigências destas, além das necessidades práticas de aplicação das normas constitucionais, pois acaba por sugerir nestas, normas ineficazes sem imperatividade⁴⁹.

Seguia também este modelo de distinção de normas constitucionais, PONTES DE MIRANDA, reconhecendo que há normas constitucionais programáticas, por consequência do falho modelo liberal de Estado, contudo, reconhecer que há nestas, um determinado coeficiente de coação, por delimitar constitucionalmente o alcance em que o Poder Legislativo pode atuar⁵⁰.

AZZARATTI, CRISAFULLI E PIERANDREI *apud* BONAVIDES, adotam uma diferente divisão das normas constitucionais, a seguir explanados, respectivamente: a) o primeiro adota a tríple divisão das normas constitucionais, existindo, normas diretivas (programáticas, sem considerá-las como verdadeiras normas), normas preceptivas de aplicação direta e imediata e normas preceptivas de aplicação direta, mas, não imediata; b) o segundo adotou também três espécies de normas constitucionais, pra ele, há normas programáticas (com eficácia obrigatória, tendo eficácia imediata sobre comportamentos Estatais, a *contrario sensu* de Azzaratti), normas imediatamente preceptivas ou constitutivas e normas de eficácia diferida; e, c) o terceiro acabou por final adotando a tripartição das normas constitucionais, a saber: normas constitutivas de eficácia imediata, normas constitutivas de eficácia diferida e normas programáticas⁵¹.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.215/216.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2009. p.75.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* p.127.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p.242-243.

Os referidos modelos, atualmente não possui mais utilidade, tendo em vista as concepções doutrinárias da visão da classificação das normas constitucionais com base na efetividade, a seguir aclarados.

2.2 Críticas ao modelo Clássico.

Enquanto que a antiga concepção clássica de que alguns tipos de normas constitucionais (não-auto-aplicáveis) referente aos direitos fundamentais sociais só teriam efetividade após intervenção do legislativo na gênese de leis com intuito de concretizar tais direitos, aquela sofreu várias críticas desde a Constituição de 1934 (Social e Programático), inclusive por publicistas italianos pós-guerra, e juristas alemães do tempo de Weimar⁵².

A atual doutrina defende que toda norma constitucional é executável por si mesma até onde possa e seja capaz de execução⁵³.

SARLET apresenta algumas críticas a esta antiga proposta clássica de distinção das normas constitucionais: A primeira crítica que se faz é que as normas auto-aplicáveis não precisam e possam sofrer qualquer tipo de regulamentação pelo Poder Legislativo, pelo contrário, com o fito de aumentar mais ainda sua efetividade é que o legislador regula tais normas adequando as constantes renovações sociais e econômicas na sociedade⁵⁴. Outra crítica, diz respeito a essa classificação incluindo a sua terminologia, pois são consideradas falsas e inaceitáveis, por fundar-se na premissa de distinção entre normas constitucionais jurídicas e não jurídicas⁵⁵. Não admite a ideia de que normas não-auto-aplicáveis não emana nenhum efeito jurídico, ou seja, que são carentes de aplicação direta, todavia, entende-se que hoje toda e qualquer norma constitucional tem e possui efeitos concretos, inclusive, “*uma norma não-auto-aplicável, mesmo tendo caráter eminentemente programático e contendo princípios de natureza geral, no mínimo estabelece alguns parâmetros para o legislador no exercício de sua competência concretizadora*”⁵⁶.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 217.

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2009. p.76.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibid, Ibidem*.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p.81

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibid, Ibidem*. “Cf. Também J. H. Meirelles Teixeira, (...), que, neste contexto chama a atenção para a circunstância de que mesmo no âmbito da doutrina clássica já se sustentava que cada norma constitucional é executável até onde seja, realmente, suscetível de execução, residindo a maior dificuldade justamente na determinação deste limite da executoriedade, isto é, na verificação de quais os efeitos parciais

Elucida André Ramos Tavares sobre as normas programáticas:

Há uma tomada de consciência no sentido de que as normas programáticas não são implementadas por força de decisões essencialmente políticas. Se é certo que se reconhece o direito à discricionariedade administrativa, bem como a conveniência e oportunidade de praticar determinados atos, não se pode tolerar o abuso de direito que se tem instalado na atividade desempenhada pelos responsáveis por implementar as chamadas normas programáticas. Após diversos anos de vigência da Constituição, fica-se estarrecido com o desprezo com que foram premiados determinados comandos constitucionais, com toda uma doutrina formalista a serviço da desconsideração de sua normatividade plena. Cegamente reiterativos de teorias formuladas de há muito, em contexto completamente diverso do atual, os responsáveis pela implementação concreta da Constituição têm-lhe podado comandos reais sob o argumento, já desbotado pelo uso recorrente, da mera programaticidade⁵⁷.

O direito à saúde e o direito a educação, (ambos previstos nos art. 196 e 205 da CF/88), não se incluem nas chamadas normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral, pois: “em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: O Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma”⁵⁸. No mesmo sentido⁵⁹.

Nega-se na doutrina que todas as normas constitucionais, incluso as programáticas, possuem eficácia, por estarem destituídas de gerar efeitos em maior, menor ou nenhum alcance. O que se reconhece, é que todas possuem distintas eficácias, diferenciando tão somente as circunstâncias de suas características e quanto aos graus de seus efeitos na ordem jurídica⁶⁰.

As normas programáticas, desde o início de sua vigência geram os seguintes efeitos diretos: a) tem a capacidade de revogar atos normativos anteriores que se posicionem contrariamente aos princípios que substanciam em caso de colisão destas; b) carregam um senso de inconstitucionalidade que se vincula aos atos normativos que forem publicados

imediatos possíveis de cada norma. Salienta-se que o citado autor estende sua crítica igualmente à terminologia utilizada por Pontes de Miranda”.

⁵⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.123.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2009. p.150.

⁵⁹ “Embora o art. 196 esteja vazado em norma *programática*, o direito expressivo e universal que prevê não pode ficar postergado, e, por via oblíqua, negado, condicionado, sufocado, anulado, pois esse campo é incompatível com a indiferença, a acomodação, a omissão, a ignorância, a complacência e o conformismo. (...)Alías, a incapacidade financeira do povo, que o impede de ter o legítimo acesso ao tratamento e aos medicamentos essenciais à preservação da própria vida, deve ceder em face do dever político-constitucional, previsto no art. 196 da Carta Magna”. BULOS, Uadi Lammêngos. *Op. Cit.* p.1289.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Idem*. p.82.

posteriormente, nos caso em que haja incompatibilidade. E de forma subjetiva apresenta os seguintes efeitos, para o administrado: a) possibilidade de opor-se via judicial, para fins, tanto de cumprimento da norma por omissão, como nos casos, de atos públicos contrários ao sentido do conteúdo constitucional; b) possibilidade de obtenção á prestações jurisdicionais, interpretações e decisões norteadas na mesma acepção e rumos apontados, sempre em que se discutam os interesses constitucionais que aquelas normas delimitem⁶¹.

Caso se perfilhe, o entendimento de que nas normas programáticas há ausência de eficácia e efetividade jurídica, verificaremos que:

a programaticidade das Constituições será, contudo, um mal se não servir também ao Direito, se não for o Poder um instrumento de racionalização e eficácia governativa, se não vier embebida de juridicidade, se não representar aquele espaço onde o espírito da Constituição elege o seu domicílio e se aloja, mas, ao contrário, venha a transformar-se nos Estados de constitucionalismo débil e apagada tradição jurídica em cômodo asilo das mais rudes transgressões constitucionais. A programaticidade sem juridicidade poderá enfim converter-se formal e materialmente no obstáculo dos obstáculos à edificação constitucional de um verdadeiro Estado de Direito. Fora da Constituição haverá lugar para tudo, menos para uma ordem jurídica assentada na legalidade e legitimidade do Poder, segundo os critérios da sociedade democrática, inspirada nos valores ocidentais⁶².

Com o fito de combater, o entendimento de que, algumas normas da constituição (direitos fundamentais sociais – como meros programas pra ação futura – normas programáticas), que não podem ser exigíveis de plano em face ao Poder Público, eis que surge a doutrina da efetividade, que pode ser assim resumida. Todas as normas previstas na Constituição são consideradas como comandos imperativos e vinculante, dotados de eficácia plena. Nos casos em que, criem direitos subjetivos (políticos, individuais, sociais ou difusos), passam ter sua exigibilidade direta e imediatamente em face do Estado ou do particular, por conseguinte, o Poder Judiciário, passa a possui um importante papel ativo e decisivo na materialização da Constituição, por meio de ações, constitucionais ou infraconstitucionais, previstas no ordenamento jurídico⁶³.

Deste modo, com base no entendimento doutrinário acima referenciado, consideramos não possuir mais validade a velha concepção acerca da antiga classificação das normas previstas no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, como meras normas

⁶¹ BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.117-118.

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 251.

⁶³ BARROSO, Luiz Roberto. *Op. Cit.* p.304.

programáticas (não auto-executáveis), com base num novo modelo de classificação dos direitos fundamentais sociais baseados em sua efetividade.

3. Classificação dos Direitos Fundamentais Sociais.

3.1 Novos modelos de classificação.

A doutrina atual em resposta crítica e ao mesmo tempo reformulando a antiga concepção da efetividade das normas constitucionais pela escola clássica, trouxe várias classificações recentes, dentre os quais citaremos alguns juristas de grande renome.

José Afonso da Silva⁶⁴ acerca da efetividade das normas constitucionais adotou a teoria tricotômica, com base em ilustres jurista italianos, já referenciados, classificando estas em: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida, limitada, de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida; e c) normas de eficácia limitada, declarativas de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípio programático⁶⁵.

As normas de eficácia plena são as que: a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridade especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhe completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados⁶⁶.

Já as normas constitucionais de eficácia contida, são aquelas em que:

o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. (...) possuem, “aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a norma ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação

⁶⁴ Alexandre de Moraes adota a mesma classificação das normas constitucionais com base na efetividade. Cf. MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p.12.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2009. p.86.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Idem*. p.101.

do Poder Público para manter a ordem, a segurança, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo⁶⁷.

E por fim as normas de eficácia limitada declarativas de princípios institutivos ou organizativos: são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuição de órgãos, entidade ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”⁶⁸. Enquanto que, as normas de eficácia limitada que declaram conteúdos programáticos, apresentam as seguintes características: I) disciplinar interesses econômico-sociais, para a realização da justiça social e existência digna; II) normas sem força suficiente para desenvolver-se completamente, entendidas como programas a serem realizados pelo Estado, através de Leis ou por outras providências; e, III) normas que não são operante a interesses que lhes constituem objeto certo e essencial, por ter eficácia reduzida, contudo, produzem importantes efeitos jurídicos⁶⁹.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO *apud* SARLET classifica de acordo com a efetividade das normas previstas na Constituição, em: a) normas concessivas de poderes jurídicos confere ao sujeito o poder de desfrutar um bem imediatamente, um proveito concreto com a possibilidade de ser exigido em casos de bloqueio ou tumulto por terceiros, sem a necessidade de norma anterior bem como de atuação alheia; b) normas concessivas de direitos, estas apontam o de forma suficiente a conduta devida, identificando o obrigado, gerando assim uma utilidade concreta e imediata ao administrado, para usufruir positivamente num direito propriamente dito, isto é, um bem jurídico suscetível de prestação alheia; c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida, estas não indicam quais condutas são necessárias e específicas para a efetivação e concretude de um reconhecido bem jurídico, gerando assim conjunturas juridicamente com menor firmeza, pois de forma imediata não confere aos administrados qualquer usufruto deste bem, limitando-se tão somente a possibilidade de oposição judicial às condutas antagônicas da finalidade da norma, além da necessidade de que as interpretações se balizem no seu sentido e direção indicado⁷⁰.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Idem*. p.116.

⁶⁸ ⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2009. p.126.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Idem*. p.150-151.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 223.

A classificação quanto à efetividade das normas Constitucionais feita por Luiz Roberto Barroso, também dividindo estas em três tipos⁷¹: a) normas constitucionais de organização, que organiza o exercício do poder político, que se subdividem em quatro espécies: a.1 normas que veiculam decisões políticas fundamentais; a.2) normas que definem competência de órgãos constitucionais; a.3) normas que criam órgãos públicos, e a.4) normas que criam os preceitos processuais e procedimentais⁷²; b) normas constitucionais definidoras de direitos, que se repartem em: direitos políticos, direitos individuais, direitos, sociais e direitos difusos, traduzindo-se estes na existência de um direito subjetivo, posto que são exigíveis perante o Estado, tendo em vista que possuem as seguintes características: b.1) corresponde sempre a um dever jurídico; b.2) são violáveis, no sentido de que a outra parte pode não cumpri-los; e b.3) há na ordem jurídica mecanismos judiciais, a ação, a fim de se exigir o seu cumprimento, por meio da coação e sanção Estatal⁷³; e c) normas constitucionais programáticas, que visam a realização por parte do Estado do bem comum, que acabam gerando no início de sua vigência efeitos: a) revogação de atos normativos anteriores que possuam dispositivo contrário aos princípios que os integram; b) tornam-se fonte de orientação para o juízo de constitucionalidade aos atos normativos editados posteriormente⁷⁴.

A proposta de Robert Alexy classifica as normas de direito fundamental em regras e princípios, dividindo-as em: a) direito a algo. a1) direito a prestação positiva e a2) direito a prestação negativa (de defesa)⁷⁵; b) direitos às liberdades. b1) liberdades jurídicas positivas, b2) liberdades jurídica negativas, b2.1) liberdade jurídica não protegida, e, b2.2) liberdade jurídica protegida⁷⁶; c) direitos às competências, c1) competências positivas, e, c2) competências negativas⁷⁷.

DINIZ *apud* MORAES, classificam as normas constitucionais por critérios de intangibilidade e produção dos efeitos concretos, possuindo a constituição: a) normas constitucionais de eficácia absoluta; b) normas com eficácia plena; c) normas com eficácia restringível; e d) normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa⁷⁸.

⁷¹ BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.90.

⁷² BARROSO, Luiz Roberto. *Op. Cit.* p.93-94.

⁷³ BARROSO, Luiz Roberto. *Idem.* p. 95-100.

⁷⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *Idem.* p. 113-117.

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.188-189.

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Idem.* p.210-228.

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Idem.* p.227-239.

⁷⁸ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p.13-14.

Pérez Luño *apud* SARLET explana que os direitos fundamentais sociais podem vir enunciados na Constituição como: a) princípios programáticos; b) princípios que regem a atuação do ente público; c) normas e cláusulas que posteriormente devem ser aperfeiçoada pelo Poder Legislativo; d) normas peculiares e causuísticas⁷⁹.

José Joaquim Gomes Canotilho⁸⁰, classifica os direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos de prestação (Com base na fundamentação de Robert Alexy), incluindo a subdivisão destes em: a) direitos derivados à prestação e direitos originários à prestação⁸¹.

Por conseguinte, a fim de continuação do presente estudo, deveremos adotar a classificação dos direitos fundamentais sociais, no caso, à saúde, como autênticos direitos de prestação por parte do Estado, sejam originários ou derivados.

4. Direito Fundamental Social à Saúde como Direito de Prestação.

Robert Alexy define os direitos a prestações em sentido estrito, como normas de direitos fundamentais, cujo cumprimento exija por parte do Estado uma ação em favor do titular do direito nela previsto (bem material ou um serviço), por exemplo, o direito ao trabalho, a habitação e a educação⁸².

Os direitos a prestações em sentido estrito podem estar explicitamente previstos ou podem ser “adscriptos” interpretativamente, sendo que esta interpretação é criada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, dizendo quais são os direitos fundamentais sociais garantidos pela Lei Maior Alemã, por não serem expressamente declarados⁸³. Tal problema não se visualiza na Constituição Brasileira, pois em seu art. 6º declara expressamente dos direitos sociais, bem como outros que asseguram a melhoria da condição social do art. 7º a 11. Estes direitos à prestação em sentido estrito podem ser subdivididos consoantes critérios teóricos e estruturais de 3 formas: i) normas de direitos prestacionais que confere direitos subjetivos e normas que obrigam o Estado objetivamente;

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 233.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p.477-479.

⁸¹ A identificação dos direitos originários a prestação sempre ocorrerá quando se verificar que: “1) a partir da garantia constitucional de certo direitos: 2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; 3) e a faculdade do cidadão exigir, de forma imediata, às prestações constitutivas desses direitos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem.* p. 477.

⁸² ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.482.

⁸³ ALEXY, Robert. *Idem.* p.483.

ii) normas de direito prestacionais que vinculam (normas de conteúdo programáticas) e normas que não vinculam (normas sem conteúdo programáticas), e iii) normas prestacionais como regras e normas *prima facie*, ou seja, como princípios⁸⁴.

Para CANOTILHO, com base nos ensinamentos de ALEXY, entende que os direitos originários à prestação, caracterizam-se como verdadeiras imposições de cunho Constitucional, implicando ainda num parâmetro de interpretação das normas legais, consoante os ditames de uma “Constituição social econômica e cultural”, e principalmente, nos casos de inércia do Poder Público, para criação de mecanismos para criação e efetivação destes direitos, o que pode acarretar em omissões inconstitucionais, por não desenvolver ou diminuir o alcance dos direitos sociais, econômicos e culturais⁸⁵.

A responsabilidade do Estado, no agir de suas tarefas, econômicas, sociais e culturais, por assegurar aos cidadãos prestações de cunho existencial com vista ao acesso deste a saúde, ensino, segurança etc., e, no instante que tais medidas vão ocorrendo de forma imediata constata-se o direito de igual ingresso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas para tais fins, bem como o direito a igual quota-parte, no sentido de prestações, à saúde, educação dentre outros direitos prestacionais a todas as pessoas. Ao passo que estes se configuram, como direitos derivados a prestações, entendidos como igual participação nas quotas-participação elaboradas e executadas pelo Poder Público, consolidando-se como direitos subjetivos, na medida em que exercem a função de barrar atos deste que tenha por fim a eliminação, sem compensação ou alternativa do núcleo essencial já obtido por estes direitos, sob a proteção da cláusula de proibição de evolução reacionária ou retrocesso social⁸⁶. Uma vez que, o princípio da “vedação ao retrocesso” não está proclamado textualmente na constituição, procede do entendimento do sistema jurídico-constitucional, que em suma diz, que caso uma Lei regulamente determinando preceito constitucional, instituindo direitos se incorporando ao patrimônio jurídico do cidadão, este direito não poderá mais, ser suprimindo por arbitrariedade posterior do Poder Público⁸⁷.

Levando-se em consideração o tino jurídico-subjetivo dos direitos sociais, independente de serem apresentados como fundamentais ou não, reconhece de forma incontestável ao titular do direito, direitos defensivos (negativos) que oferecem uma dimensão

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Idem*. p.484.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p.477-478.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*. p.478-479.

⁸⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.152.

positiva, pois sua efetivação só ocorre com o agir do Estado e da sociedade, enquanto que os direitos a prestação (positivos) também firma-se sua ação numa dimensão negativa, a fim de evitar que tal ato do Estado, entidades sociais e de particulares, ocasione danos, conforme tutelados pela Constituição⁸⁸.

Estes direitos fundamentais (sociais) traduzem-se por sua dimensão social da cidadania, pois, possuem em seus dispositivos a garantia de dos indivíduos participarem da riqueza produzida em sociedade. E seu gozo e usufruto dependem exclusivamente da eficiente máquina administrativa do Poder executivo, com vista a reduzir as desigualdades⁸⁹ inerentes ao capitalismo, com o intuito de assegurar um mínimo de bem estar a todos, implementando-se justiça social⁹⁰.

Deste modo, os direitos fundamentais sociais possuem conteúdos ‘promocionais, são aqueles que exigem exatamente prestações positivas pelo Estado, logo, no mínimo, ficam minguados em sua efetivação’⁹¹. Percebe-se então que os direitos sociais prestacionais estão vinculados intimamente às atividades desempenhadas pelo Estado Social, que busca a correta e equitativa distribuição e redistribuição dos bens na sociedade⁹², pois em essência almejam e buscam a real igualdade (diferente da igualdade sem liberdade) a todos que somente ocorrerá com o fim das desigualdades⁹³, podendo afirmar-se, neste contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais⁹⁴.

No caso brasileiro, a fim de assegurar uma maior efetividade aos direitos sociais fundamentais, sobreveio à emenda constitucional nº 31 de 14.12.2000, que aumentando o leque de objetivos fundamentais da República, estabelece, também, a erradicação da pobreza e da marginalização, a fim de reduzir as desigualdades sociais e regionais, para garantir a todos os brasileiros acesso a uma subsistência digna, por meio de ações relativas à

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado*. Revista de *Direito do Consumidor*. Ano 16, nº 61 Jan-mar. 2007. BRASILCON. p. 96.

⁸⁹ Complementando: “Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante na implementação da igualdade social dos hipossuficientes”. TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.* p.827

⁹⁰ CURY Ieda Tatiana. *Op. Cit.* p. 19-20.

⁹¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível*. Revista *Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 5, jan./jun.2005. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 454.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 202. “Cf. G. Haverkate, *Verfassungslehre*, PP. 258 e ss., que também denomina o Estado social como Estado da redistribuição (Staat der Umverteilung)”.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*. p. 199. “Cf., J. Miranda, in: CDCCP. nº 1 (1992), p. 200”.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibid, Ibidem*.

suplementação alimentares, habitação, educação, reforço de renda familiar, à saúde, e outros programas destinados à melhoria da qualidade de vida⁹⁵.

4.1. Direitos prestacionais, nas perspectivas jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva.

As normas Constitucionais relativas aos direitos sociais previstas na Constituição reconhece o princípio da democracia econômica, social e cultural⁹⁶, não só como princípio objetivo que submete o Estado a adotar medidas, mas principalmente como princípio fundamental de pretensões subjetivas, por parte dos cidadãos⁹⁷, da mesma forma que a CF/88.

Constitui também o princípio da democracia econômica e social um artifício vital no momento e forma de interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com a constituição, submetendo-se, portanto, a este princípio todos os poderes do Estado na persecução de seus atos, constituindo-se desta forma, uma fonte de avaliação destas ações em harmonia à carta maior⁹⁸. A interpretação deverá ocorrer conforme a Constituição, possuindo um caráter de obrigatoriedade neste ato, por parte de todo o Poder Público, e no caso em que haja discricionariedade para atuação deste, deverá não fugir do espírito que abarca o princípio da democracia econômica, social e cultural, constituindo como medida vinculativa neste exercício arbitrário e como linha de direção obrigatória. Importante ressaltar que o princípio da democracia econômica, social e cultural, assume feição de imposição da Carta Maior, além de que se encontra plasmado em diferentes preceitos garantidores de direitos subjetivos do cidadão, possuindo dimensão objetiva, que vincula imediatamente o Legislador, bem como uma dimensão subjetiva, nos casos em que haja conflitos, havendo a prevalência dos direitos econômicos, sociais e culturais entre outros direitos⁹⁹.

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p.208.

⁹⁶ “O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia. Antes de mais, é um *processo de continuidade transpessoal*, irredutível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas. Por outro lado, a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade *aberta e activa*, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral, liberdade de participação crítica no processo político, condições de igualdade econômica, política e social (cfr. CRP, art. 9.º *ld*). Neste sentido se podem interpretar os preceitos constitucionais que apontam para a transformação da República portuguesa numa sociedade livre, justa e solidária (art. 1.º), para a realização da democracia econômica, social e cultural (art. 2.º) e para a promoção do bem estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como para a efectivação de direitos econômicos, sociais e culturais mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais (art. 9.º *ld*). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p.289.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem.* p. 397

⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem.* p.290-291.

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem.* p.341-344.

Segundo BARROSO, o vocábulo direito deve ser reservado na Constituição pra fins de identificação de situações caracterizadas do ponto de vista jurídico como direitos subjetivos, ou seja, direitos que dão a faculdade ao jurisdicionado de exigir prontamente determinado bem jurídico, que no caso, dos direitos constitucionais há em contrapartida o dever jurídico de cumprimento pelo Estado ou qualquer outro sujeito, e nas ocasiões em que ocorrer sua violação, surge para o titular deste direito, uma pretensão, que poderá ser exercitável através de uma ação proposta ao Poder Judiciário¹⁰⁰.

As normas Constitucionais consagradoras dos direitos sociais, possuem uma dimensão subjetiva¹⁰¹, por serem inerentes ao espaço de existência do indivíduo, que independe da sua justicialidade e execução imediata, além de uma dimensão objetiva, caracterizado por imposição ao Poder Legislativo (obrigando este a atuar positivamente a fim de concretizá-los materialmente) e pela natureza de fornecimento de prestações aos cidadãos, valor advindo do caráter subjetivo deste na execução a fim de cumprir os mandamentos institucionais, não se confundindo como uma mera norma programática, citando como exemplo o direito à saúde, que independentemente dos comandos Constitucionais que garante sua eficácia (Criação do Serviço Nacional de Saúde em Portugal – Acórdão do Tribunal Constitucional Lusitano, de nº 39/84) e das prestações providenciadas (medicamentos, tratamentos etc.) pelo Poder Público, a fim de se garantir o atendimento ao mesmo direito¹⁰². No mesmo sentido¹⁰³.

Em linhas gerais, as variações que existem, quanto ao objeto do direito subjetivo fundamental baseiam-se nos seguintes fatores: a) a liberdade da pessoa como indivíduo não é garantida de forma universal; b) há de forma evidente disparidade quanto ao alcance da postulação dos direitos quanto ao indivíduo, em especial, as prestações sociais materiais; c) a complexidade intrínseca dos direitos fundamentais, pois garantem, liberdades, anseios e poderes de múltiplas naturezas, pelo fato de terem diversos destinatários¹⁰⁴.

¹⁰⁰ BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.288

¹⁰¹ Reconhecendo no mesmo sentido: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2009. p.151-152.

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p.476-477.

¹⁰³“Portanto, se na dimensão subjetiva os direitos fundamentais (individuais ou sociais) delimitam esferas individuais de proteção em face do Estado e de terceiros, configurando-se como mandatos de abstenção, na dimensão objetiva eles atuam como normas objetivas criadoras de deveres para o Estado, ou seja, como mandatos de otimização, a serem cumpridos na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas” VALLE, André Rufino. *A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: Repensando a Distinção entre Regras, Princípios e Valores*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília – UNB, 2006. p.194-196

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. pág.150.

Conquanto se visualize de forma mais clara a subjetividade dos direitos fundamentais clássicos de liberdades, no sentido de sua exigibilidade, não se pode concebê-lo apenas nestes tipos de direitos fundamentais, diminuindo esta característica do restante do todo o conjunto destes, como os direitos de igualdade, *in casu*, os direitos fundamentais sociais¹⁰⁵.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. pág.150.

CAPÍTULO II – DIREITOS PRESTACIONAIS E NORMAS CONSTITUCIONAIS.

1. Direitos fundamentais sociais ou de 2ª dimensão.

A partir do século XIX¹⁰⁶ e durante o século XX com a inauguração do constitucionalismo social implementada principalmente pela constituição mexicana de 1917 e a *Weimarer Verfassung* de 1919, obrigou o Estado para que atendesse condicionantes sociais na perspectiva de que o homem não vive só, e sim na reunião com todos outros, que por serem conquistas do homem trabalhador garantiram no bojo do direito constitucional, melhores mecanismos jurídicos para viver por si e com os outros. Ao tempo que tais normas cuidaram de organizar as competências dos Estados para que os ditos direitos de segunda dimensão sociais, econômicos e culturais pudessem assim a ter maior eficácia prática na sociedade¹⁰⁷.

Para PAULO BONAVIDES, os direitos de Segunda dimensão:

dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra de ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula¹⁰⁸.

As normas programáticas em especial aquelas que estipulam os direitos de 2ª geração ou dimensão (que buscam a igualdade material, como os direitos sociais, econômicos e culturais), passaram a ser objeto do fenômeno de subjetivação e de positivação, tal quais os direitos de 1ª geração¹⁰⁹ ou dimensão (liberdade) no século XIX, no momento em que passaram a ser elemento sócio-ideológico entre as constituições contemporâneas do Estado Liberal individualista, Estado Social intervencionista e no caso brasileiro do Estado

¹⁰⁶ “Nesse sentido, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos com o cartista – Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela 1.ª Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. (...), pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT). Portanto, os direitos humanos, ditos de segunda geração, privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade”. LENZA, Pedro. ***Direito Constitucional Esquematizado***. 11. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Método, mar. 2007. p.694

¹⁰⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 447.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 564.

¹⁰⁹ Não esquecendo de citar: “alguns documentos históricos são marcantes para a configuração e emergência do que os autores chama de direitos humanos de primeira geração (séculos XVII, XVIII e XIX): (1) Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; (2) Paz de Westfália (1648); (3) *Habeas Corpus Act* (1679); (4) *Bill of Right* (1688); Declarações, seja a Americana (1776), ou a Francesa (1789). Mencionados direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade”. LENZA, Pedro. *Op. Cit.* p.694.

Democrático de Direito, passando de formulações abstratas para normas individuais de caráter concreto, não requerendo em alguns aspectos a intervenção do legislador ordinário. Estas normas são importantes, tendo em vista que dizem ao Estado para onde e como se vai, impondo fins a este, ao tempo em que o obriga a cumpri-los, e, o cumprimento desta direção acaba por instituir uma democracia substancial que por meio de seus programas de ação na ordem econômica, social e cultural, assegurando uma existência digna, conforme os ditames da Justiça Social¹¹⁰.

Os direitos de segunda dimensão abarcam não só os direitos a prestações positivas, sendo a grande diferenciação do ponto de vista da evolução dos direitos fundamentais em face aos direitos de primeira dimensão, como, por exemplo, as liberdades sociais do direito a sindicalização, direito a greve, direitos dos trabalhadores etc., ao tempo, que se aproxima desde por ser reportarem à pessoa individualmente, correspondendo desta forma em sentido amplo a busca pela implementação do princípio da justiça social por condizer com reivindicações das classes menos beneficiadas em relação à outra, possuidora de maior poder econômico¹¹¹. Nas palavras de Konrad Hesse, “os direitos fundamentais de prestação são a garantia da base em que se assenta a existência individual”¹¹².

No caso dos direitos sociais, a intervenção Estatal, tem como objetivo neutralizar o grau de miserabilidade da população carente¹¹³, garantido dessa forma o acesso a direitos relativos à segurança social, acesso ao trabalho, salário digno, à educação, à saúde, dentre outros, surgindo estes deveres para que o Estado por meio daquelas prestações positivas promova a proteção à vida bem como igualdade material¹¹⁴.

Os Direitos Sociais no Brasil, por estarem inclusos no Título II da Constituição de 1988, alcança e possui *status* de direitos fundamentais, tal quanto os direitos individuais, políticos e de nacionalidade, caracterizando-se, como providências positivas constitucionais, impostas ao ente Estatal, não lhes retirando o fato de necessitar da atuação deste a fim de

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2009. p.140-141.

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 50.

¹¹² . HESSE, Konrad. *Significado de los Derechos Fundamentales*. In: BENDA, Ernst et al. (org.). *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução de Antonio López Pina. Barcelona: Marcial Pons, 2001. p.97.

¹¹³ “é beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real. Partem do princípio de que incumbe aos Poderes Públicos melhorar a vida humana, evitando tiranias, arbítrios, injustiças e abusos de poder. Visa também, garantir a qualidade de vida, a educação, a saúde, o trabalho (...)”.BULOS, Uadi Lammêngos. *Op. Cit.* p.624.

¹¹⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.97

concretizá-los, mas, sobretudo, por serem regras e comandos diretamente aplicáveis a todos os órgãos do Estado¹¹⁵.

Conforme lição de PAULO e ALEXANDRINO:

Os direitos sociais constituem as liberdade positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social. (...), direitos fundamentais de segunda geração encontram-se catalogados nos arts. 6º a 11 da Constituição Federal, e estão disciplinados ao longo do texto constitucional (a saúde é regulada no art. 200, a previdência social é trata no art. 2001, etc.)¹¹⁶.

Os direitos fundamentais sociais do ser humano, são enunciados previstos na Constituição que obriga o Estado a assegurar melhores condições de vida aos mais fracos, por meio de prestações positivas, o que por consequência tendem a igualamento das conjunturas sociais desniveladas, traduzindo-se como direitos à igualdade, com as mesmas garantias individuais, pois realizam em si a criação de melhorias nas condições materiais, uma vez que estas são alcançadas, ocasionam o exercício da liberdade e de fato a igualdade real¹¹⁷.

Robert Alexy, baseado na sua teoria dos princípios, os direitos sociais como direitos fundamentais, uma vez que, reconhece na liberdade, o principal e mais forte argumento a favor deste reconhecimento, tendo em vista que, a liberdade jurídica é considerada sem valor, caso não haja liberdade fática e real, na medida em que esta, é que permite a realização de escolhas reais pelo individuo dentre as possibilidades permitidas¹¹⁸.

Todavia, na contra mão do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais, existem argumentos: i) formal, onde somente o Legislativo possui competência para decidir como estes direitos devem ser cumpridos (vinculação de competência) em razão dos seus conteúdos serem imprecisos e de difícil preenchimento; ii) material, pois entende que os direitos sociais fundamentais em determinadas situações podem ser incompatíveis com outros direitos, tais como de liberdade, prestacionais em sentido estrito, e, inclusive com bens considerados coletivos¹¹⁹. Contudo, tais argumentos não podem sobressair da ideia central de

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2009. p.151-152.

¹¹⁶ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p.214.

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2009. p.286-287.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.487-488.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. *Idem*. p.492-493.

que os direitos sociais fundamentais são tão importantes no ordenamento jurídico que não pode ser deixado a uma simples maioria parlamentar¹²⁰.

Conforme decisão do STF, lembrada por André Ramos Tavares, que, conforme voto do Ministro Marco Aurélio, tratou de definir o sistema de direitos fundamentais (incluindo os sociais), como a “própria essência da Constituição”, qualificando-os como “valores objetivos que servem como norte da atuação estatal”. Assim está consignado nos fundamentos do referido voto:

A Constituição de 1988 representou um divisor de águas entre o antigo regime totalitário e um período de redemocratização do País, marcando, dessa forma, uma época que tem como modelo de atuação do Estado o respeito incondicional aos direitos fundamentais. Por isso mesmo, o sistema constitucional dos direitos fundamentais, previsto no artigo 5º da Carta, com os eventuais acréscimos do § 2º, reflete, em rigor e em larga medida, a própria essência da Constituição e a retomada do processo de democratização e da garantia do cidadão contra abusos e arbitrariedades no exercício do Poder Público. Os direitos fundamentais são hoje verdadeiros princípios estruturantes da organização e do funcionamento do Estado, valores objetivos que servem como norte da atuação estatal em seus mais diferentes níveis: no Legislativo, formam um catálogo de princípios e garantias que informam e direcionam toda a atividade de criação das normas de nosso ordenamento jurídico e de concretização dos preceitos constitucionais; no Executivo, mostram-se como verdadeiros limites ao exercício do poder administrativo, servindo como trincheiras de proteção da liberdade do cidadão; e, no judiciário, refletem a base e o fundamento necessário da compreensão e interpretação de nossas normas – efeito interpretativo -, evitando que a atividade jurisdicional se transforme em medidas discricionárias ou providências ilegítimas de opções políticas pautadas em escolhas pessoais dos juízes¹²¹.

Segundo Uadi Lammêngos Bulos, os direitos sociais podem ser vistos como “*direitos de crédito*, pois envolvem *poderes de exigir*, por meio de prestações positivas do Estado”¹²². Uma vez que aqueles consistem em liberdades públicas que favorece a população carente, a fim proporcionar a esta, melhores condições de vida com base no primado da igualdade real. Possui assim funções de lídimas prestações positivas de cunho constitucional, do qual sua observância é obrigatória pelo Estado. Qualificam-se como *positivas*, pois revelam num *fazer* por parte dos órgãos estatais, que possuem a obrigação de concretizar os direitos sociais, por exemplo, serviços escolares, médico-hospitalares, assistenciais, previdenciários, desportivos etc¹²³.

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.494.

¹²¹ Decisão do Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC nº 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Data do Julgado 19.3.2004. in VALLE, André Rufino. *Op. Cit.* p. 204.

¹²² BULOS, Uadi Lammêngos. *Op. Cit.* p.624.

¹²³ BULOS, Uadi Lammêngos. *Ibid, ibidem.*

A democracia pressupõe uma multiplicidade de princípios substantivos, tais como, liberdade, igualdade, justiça social e solidariedade, que não são vistos com a exclusão de outros princípios, mas estes parecem sintetizar os mais significativos valores da democracia, sendo que aqueles valores devem ser vistos como complementares, uma vez que: “Não há liberdade sem solidariedade, como também não há solidariedade sem liberdade. Da mesma forma que não podemos pensar a liberdade e a solidariedade sem a igualdade, também não podemos pensar a igualdade sem a solidariedade e a liberdade”¹²⁴.

O professor Gilmar Ferreira Mendes, afirma que o Estado de Direito atual é exercido por meio de seus poderes, de acordo com as prescrições constitucionais que delimitam sua competência, e, por conseguinte, norteando suas decisões, tendo em vista que os princípios que consagram os direitos e garantias fundamentais estão atrelados diretamente às pessoas exercentes das funções públicas¹²⁵.

2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, a dignidade da pessoa humana, é um princípio que baliza o constitucionalismo contemporâneo, pois este possui uma conceituação aberta, com vista a impedir condutas que lhe sejam adversos, e que a sua concreção e implementação seja posta em prática na sociedade, por ser obrigação por parte do Estado¹²⁶.

Esta positivação é recente, pois apenas no século XX que passou a ser reconhecido o valor da dignidade da pessoa humana em Constituições por parte de vários Estados, como por exemplo, na constituição de Weimar de 1919 (art. 151, inciso I) e na constituição Portuguesa de 1937 (art. 6, nº3) e na constituição da Irlanda (preâmbulo). Atualmente na União Europeia apenas a Alemanha, Espanha, Grécia, Irlanda e Portugal conclamam de forma expressa o princípio da dignidade da pessoa humana em seu texto constitucional. Já a Itália, Turquia o mencionam apenas indiretamente, sem dispositivo autônomo expresso, bem como há países

¹²⁴ FARIAS CASTRO, José Fernando de: *Op. Cit.* p.411-412.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. ***Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudo de Direito Constitucional***. 2.ed. rev. e ampl. Celso Bastos (Ed.) São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p.211.

¹²⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 440.

que sequer fazem referência aquele princípio, como o caso da Bélgica, Dinamarca, Holanda e Luxemburgo¹²⁷.

No âmbito da América latina, JORGE GENTILE, relata algumas outras Constituições que possuem previsão normativa e principiológica do princípio da dignidade da pessoa humana, ora transcrito:

La de la República Oriental del Uruguay de 1967, actualizada hasta 1996, dice en su artículo 72. “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. En el artículo 94 de la Colombiana de 1996 dispone: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. (...) La Constitución Política de Chile de 1980, hasta las reformas de 1997, afirma los mismos principios cuando dice en su artículo 1º ‘Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece (...)’ La Constitución Política de la República del Perú de 1993, actualizada hasta el 2000, dice con claridad en su artículo 1º que ‘La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.’ En su Artículo 2º expresa: ‘Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (...)’ y en su artículo 3º ‘La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre (...)’. ‘El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado (...)’ en el artículo 1 de la Constitución de 1983, reformada en 1992¹²⁸.

A dignidade humana como princípio constitucional acaba por repercutir em todo o ordenamento jurídico vigente de um Estado e sociedade democrática¹²⁹, gerando obrigações: omissas para não contrariá-lo; e, ações para que aquele seja considerado realidade para o indivíduo¹³⁰. O princípio da dignidade do ser humano se funda numa qualidade de norma axiológica aberta, pois não possui conceito fixo, tendo em vista os vários valores que se

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 100.

¹²⁸ GENTILE, Jorge Horacio. *Op. Cit.* p.61-62.

¹²⁹ Complementando: “Só no regime democrático ganha concretude o princípio da dignidade da pessoa humana – epicentro axiológico de qualquer ordenamento jurídico humanitário -, pois denegar a cada um o direito de participar ativamente da construção do futuro coletivo da comunidade a que pertence é fazer pouco da sua humanidade”. JÚNIOR, Mauro Nicolau. *A Decisão Judicial e os Direitos Fundamentais Constitucionais da Democracia*. In *Revista Forense*. v. 389. ano 103. Jan/Fev. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p.161.

¹³⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 441.

visualiza na democracia contemporânea¹³¹. Este entendimento está consolidado no art. ° da Declaração Universal da ONU de 1948, segundo o qual ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade’¹³².

Conforme decisão do Tribunal Constitucional da Espanha acerca da dignidade da pessoa humana, reconhecendo que esta possui uma valoração de cunho espiritual e moral intrínseco a pessoa, tanto do ponto de vista do respeito por todos que vive em sociedade, e principalmente na possibilidade de autodeterminação responsável e consciente da própria vida¹³³.

Em consequência disso, o princípio da dignidade possui não só o Estado como detentor do seu cumprimento e respeito, pois, aquele corresponde a um dever de cada homem para consigo mesmo, e para todos os outros, que fazem parte da família humana, pois a vivência da liberdade na seletividade do que é bom e justo pra si e para o outro deve agregar um coeficiente essencial de dignidade em seus atos no mundo, tendo em vista que, “a liberdade está para a existência do homem como a dignidade está para sua essência”¹³⁴.

A dignidade da pessoa humana constitui um valor de cunho universal¹³⁵, não se levando em conta as diferenças socioculturais cruéis, físicas, intelectuais e psicológicas. Todas as pessoas são possuidoras de dignidade igualmente, mesmo nas suas mais diferentes particularidades. Por possuírem em função da condição inerente ao ser humano necessidades e faculdades vitais, o que não sendo reconhecido, estará ferindo a obrigação e o dever de solidariedade imposto a todos de acordo com ética, não só pelo Direito, religião ou qualquer força estruturante¹³⁶.

G. Dürig *apud* SARLET cita uma fórmula onde sempre se considera atacada a dignidade da pessoa humana no caso concreto, o indivíduo for depreciado a um objeto, coisa

¹³¹ “Cf. E. Pereira de Farias, **Colisão de Direitos**, p. 50, arrimado nas lições de Gomes Canotilho e Celso Lafer”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.p. 103.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* p. 104.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibid, ibidem*.

¹³⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 441.

¹³⁵ “Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) – este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um *valor constitucional supremo*. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou *status* social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores *espirituais* (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e *materiais* (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.)”. BULOS, Uadi Lammêngos. *Op. Cit.* p.392.

¹³⁶ JÚNIOR, Mauro Nicolau. *Op. Cit.* p.155.

ou instrumento, não o visualizando como sujeito de direitos. Tal visão não responde todos os problemas de forma universal, contudo, por meio desta, consegue-se verificar a existência de violência à dignidade humana, ficando a doutrina e jurisprudência com a tarefa de identificar situações que estão coerentes à proteção da dignidade da pessoa humana nas circunstâncias atuais¹³⁷.

ALEXY reconhece que a dignidade da pessoa humana (previsto no art. 1 da Lei Fundamental Alemã) possui um *status* de “princípio absoluto”¹³⁸, ou seja, num eventual conflito com qualquer outro princípio ou regra, aquele sempre irá prevalecer. Podemos adotar tal entendimento¹³⁹ tendo em vista sua previsão e forma (fundamento da República Federativa do Brasil) no art. 1º, inciso III¹⁴⁰ da Constituição Federal de 1988.

André Tavares Ramos, explica que melhor:

Absoluto não é o princípio, senão a regra que, devido a sua abertura semântica, não necessita de uma limitação com referência a nenhuma relação de preferência relevante, sendo desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana formalmente absoluta, por constituir-se de uma norma sem limitação do alcance “dignidade” a depender do interprete¹⁴¹, que em alguns casos a regra da dignidade da pessoa humana poderá sofrer ponderações em caso de conflitos com outros princípios, óbice a qualquer pretensão totalizadora do princípio da dignidade humana¹⁴².

Por tudo exposto, vislumbra-se que o valor da dignidade da pessoa humana está na garantia de acesso aos indivíduos e respectivamente suas famílias, a condições adequadas de vidas, pelo o qual os direitos fundamentais sociais, além do direito a saúde, bem como o direito ao trabalho, sistema efetivo de seguridade social, em última análise, asseguram a estes,

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 107.

¹³⁸ “Por eso, puede decirse que la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto. La impresión de absolutidad resulta del hecho de que existen dos normas de dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de Indignidad de la persona, como así también del hecho de que existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio de la dignidad de la persona, con un alto grado de certeza, precede a todos los demás principios”. ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.106.

¹³⁹ “o princípio da **dignidade da pessoa humana**, fundamento da República Federativa do Brasil e **princípio matriz** de todos os direitos fundamentais (...)”. LENZA, Pedro. *Op. Cit.* p.699.

¹⁴⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;”. BRASIL, Constituição (1988), promulgada em 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em 01.05.2011.

¹⁴¹ TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.* p.586.

¹⁴² TAVARES, André Ramos. *Idem.* p.587.

uma proteção eficaz contra as necessidades de ordem material, o que consequentemente afirmam uma existência com dignidade¹⁴³.

Deste modo, o Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal de 1988, não tem como premissa e nem como promessa, a transição para o socialismo, busca tão somente uma profunda realização social, através dos instrumentos a disposição dos cidadãos, com fundamento na dignidade da pessoa humana, pra fins de alcançar a construção de um Estado de Justiça Social¹⁴⁴.

2.1 Características, função e consequências do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988.

No Brasil, como em todas as constituições que adotem o princípio da dignidade da pessoa humana, haverá de se orientar sua interpretação tendo como ponto de partida este princípio, realizando assim uma busca que justifique e legitime a política pública do Estado, pois com é com a solidarização de todos com todos dignificando o ser humano, de forma que o mais necessitado seja acolhido por auxílio com o além do necessário pra que após este recebimento por dispuser de melhores meio, consiga contribuir cada vez para uma sociedade construída de fato na justiça e igualdade e na fraternidade humana¹⁴⁵.

O princípio fundamental da dignidade do ser humano tem a função de instrumento hermenêutico de integração, atuando como guia não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais, mas de toda a ordem jurídica interna ao qual pertence insculpindo-a seu valor com eficácia de natureza jurídico-objetiva. Verifica-se, então que somente nos casos em o Estado basear sua ação em atenção e proteção da dignidade humana, esta se tornará legítima, pois constitui condição real e essencial da democracia, não podendo ser disposto desta livremente¹⁴⁶.

Ou seja, cumpre a função como referencial do ponto de vista hermenêutico pelo aplicador do direito, pois serve de base para a interpretação em especial dos direitos fundamentais, como também das remanescentes normas constitucionais. Possui também a

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.108.

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32º ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p.120.

¹⁴⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 443.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* p. 111.

função de dedução de eventuais direitos não escritos, decorrentes do art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, pois atua como referencial para a validação e conhecimento da fundamentalidade material de direitos encontrados externamente à nossa Carta Magna, desde que em sintonia com os princípios fundamentais¹⁴⁷.

A dignidade da pessoa humana também deve ser considerada como uma conquista como princípio jurídico fundamental, a irradiar a todos os homens, mesmo que de forma individualizado deverá ser buscado, protegido acatado e alargado em seu conteúdo juridicamente, por não ser um direito completo e exato. O nascimento do homem o faz possuidor de dignidade, tendo em vista que esta não advém com o simples fato de existir, devendo ser a condição digna construída não apenas a um só, e sim, a todos ao longo do curso da vida solidariamente. Visualiza-se deste modo a dignidade da pessoa humana tanto como um ideal, pois a inexistência desta a liberdade é uma falação que não dá condições para o ser humano viver, por isso, fala-se em dignidade como princípio, dignificação como processo constante a ser conquistado para assegurar a cada ser humano, dignas condições de bem viver, o que acaba por orientar de forma sistemática a ordem jurídica normativo-constitucional¹⁴⁸.

Convém a lição de Jorge Miranda para quem, pelo:

menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial¹⁴⁹.

O Estado tem a obrigação e o dever de assegurar a todos, uma vida digna¹⁵⁰, tendo em vista que, só realiza e respeita o princípio da dignidade da pessoa humana, quando possibilita que cada um possa ter acesso às condições para atuar em suas melhores aptidões, ou seja, interferindo para melhorar a vida de todos¹⁵¹, ao passo que o seu descumprimento, ocasionará

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.113-114.

¹⁴⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 443.

¹⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v. 4. Coimbra. Coimbra Editora. 1988. p. 167-168.

¹⁵⁰ “Como já se disse, a dignidade humana é o fundamento das liberdades em geral, da igualdade entre os homens, inclusive com a prerrogativa de prestação, e do bem-estar individual”. Cf. HESSE, Konrad. *Significado de los Derechos Fundamentales*. Apud. BENDA, Ernst et al. (org.). *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução de Antonio López Pina. Barcelona: Marcial Pons, 2001. p.89.

¹⁵¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 444.

aos olhares do princípio a falta de promoção da justiça social, tornando seres indignados por não conseguirem cumprir com suas respectivas vocações no seio da sociedade¹⁵².

Portanto, o respeito à dignidade da pessoa humana deve ser garantido de forma isonômica, ou seja, sem tratamento discriminatório ou arbitrário para com o ser humano, pois na sociedade moderna que busca cumprir e assegurar este princípio garante a integridade intelectual caracterizada pela liberdade de pensamento, culto e consciência, atentando na proteção da honra, intimidade e do espaço privado, tudo isto para permitir o desenvolvimento pleno de sua personalidade, sendo, portanto, são intoleráveis outros tipos de afronta, como a escravidão, discriminação racial, perseguições por motivos religiosos, etc.¹⁵³,

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, constitui norma jurídico-positiva com *status* constitucional, e, portanto, com eficácia muito mais além de uma declaração de conteúdo ético e moral, por ser um valor jurídico fundamental da comunidade¹⁵⁴, considerando neste contexto, por ser o valor-guia de toda a ordem constitucional, característica da maior norma hierárquica axiológico-valorativa¹⁵⁵.

A dignidade do ser humano considerado como garantia positiva de que este terá o desenvolvimento pleno de sua personalidade¹⁵⁶, e inclusive numa garantia negativa que o protegerá de afrontas e desonras¹⁵⁷.

Complementa Alexandre de Moraes, que o princípio da dignidade da pessoa humana:

concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das

¹⁵² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ibid, ibidem*.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 108.

¹⁵⁴ “Esta, em outras palavras, a lição de E. Benda, in: *HBVJR* 1. p. 164, que, inobstante dirigida ao art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental de Bonn (1949), se revela plenamente compatível com a posição outorgada pelo Constituinte de 1987/88 ao princípio da dignidade da pessoa humana”. *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*. p. 110.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibid, ibidem*.

¹⁵⁶ Neste mesmo sentido: “La dignidad de la persona humana es el fundamento de los derechos con los que el hombre defiende los bienes esenciales de su personalidad frente a las demás personas del estado. Esos bienes son: la libertad (de su espíritu), la vida (que emana de su cuerpo material) y el trabajo, que es una manifestación de su personalidad (unidade esencial de espíritu y materia), de los que surgen los derechos a la libertad, a la vida y al trabajo, y de los que deriva el resto de los derechos humanos. La esencia del derecho es lo justo, o sea la relación justa, que se da solo cuando los hombres interactúan y viven asociados. La ley es la causa eficiente del derecho, que dicta la autoridad legítima de la sociedad que hoy es el estado democrático, teniendo por modelo el orden moral o ético, y por finalidad el bien común de la sociedad política. In GENTILE, Jorge Horacio. *Op. Cit.* p.62.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit. p.110*.

concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos¹⁵⁸.

Podemos então partir de que todas as normas constitucionais, incluso aí os princípios, possuem alguma eficácia jurídica, em termos materiais. Por conseguinte, não restam dúvidas acerca de que toda atividade do Estado, *in casu*, brasileiro, encontra-se vinculado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que se caracteriza pelo dever-obrigação de respeito e defesa, bem como de abster de ingerências indignas no trato com o indivíduo e inclusive na proteção deste contra atos de qualquer monta que desonre a dignidade humana¹⁵⁹.

De forma imediata, observa-se que o Estado ao cumprir o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, haverá uma obrigação de não agir (respeito) com vista à proteção do cidadão com condutas que possam entrar em colisão com aquele, e, até mesmo realizando condutas com o intuito de efetivar e proteger a dignidade humana. O Estado, por meio de seus órgãos estatais, possuem a obrigação da efetivação¹⁶⁰ e proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, em especial o Legislativo, que possui a tarefa de criar leis no ordenamento jurídico para a concretização desta¹⁶¹.

A preleção de José Afonso da Silva, pra quem a: “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”¹⁶².

Uma outra, atuação do princípio da dignidade da pessoa humana apontado por SARLET com base nos ensinamentos de CANOTILHO, no que refere a sua proteção, o que

¹⁵⁸ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p.24.

¹⁵⁹ “Neste sentido, a lição de K. Stern, Staatsrecht III/1. pp. 28-9, e, mais recentemente, Höfling, in: M. Sachs (Org.), Grundgesetz, p. 114. Ao contrário da Lei Fundamental da Alemanha, onde há disposição expressa impondo ao Estado o dever de respeito a proteção (art. 1º, inc. I), a Constituição pátria silencia a este respeito. Todavia, não se vislumbra qualquer óbice a esta exegese do significado jurídico do princípios mesmo entre nós”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 110.

¹⁶⁰ No Mesmo sentido: “as normas-princípios sobre a dignidade da pessoa humana são, por todas as razões, as de maior grau de fundamentalidade na ordem jurídica como um todo, a elas devem corresponder as modalidades de eficácia jurídica mais consistentes”. BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.202-203.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.* p. 110.

¹⁶² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2009. p.105.

não ocorrer apenas, por proibir efetiva ou potencial violação da dignidade em face de atos de cunho retroativo, mas em virtude da proteção aquele princípio, que surge o princípio da proibição do retrocesso social, que prevê uma defesa contra:

medidas retrocessivas, mas que não podem ser consideradas como propriamente retroativa, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda com efeitos meramente prospectivo¹⁶³.

Não adentrando mais sobre o princípio da proibição do retrocesso social, uma vez que mais adiante será melhor utilizado dentro do contexto, (Capítulo III, item 5), mas tão apenas para demonstrar sua integração com a proteção da dignidade da pessoa humana, pois a defesa desta deverá ocorrer em todas as manifestações e aplicações possíveis, proibindo o retrocesso social, dando a correspondente ideia de segurança jurídica no mais alto grau de eficácia e efetividade crível, devendo guardar e proteger a dignidade com zelo e cuidado a fim de evitar toda sina de agressões e abusos, “impedindo o máximo de recurso de cirurgias invasivas”¹⁶⁴ e, caso sejam estas necessárias, busque a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, a todos com a mesma intensidade¹⁶⁵.

Não se esquecendo de que, o Poder Público brasileiro deve utilizar todo o seu aparato, como meios para o bem-estar do homem, e nunca com fins em si mesmo ou meios pra outros fins, uma vez que este é o valor fundamental elegido pelo constituinte originário para fincar o centro do sistema, bem como a decisão básica de política do Estado¹⁶⁶.

Pois os Estados que acatam o princípio da dignidade da pessoa humana, acabam por representar:

a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. (...). Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida (...) sem os quais o homem não subsistiria. A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem¹⁶⁷.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. in: *Revista de Direito Social*. Ano 4 – abr/jun. 2004 n° 14. p.21.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*. p. 48.

¹⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibid*, *ibidem*.

¹⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p.26.

¹⁶⁷ BULOS, Uadi Lammêngos. *Op. Cit.* p.392.

Em última análise, onde houver o desrespeito pela vida, incluindo a integridade física, ausência de condições mínimas de uma vida com dignidade, violação do direito a intimidade e identidade por motivos de ingerências indevidas, desigualdade de tratamento para com os demais e poderes ilimitados por parte do Estado, pode-se seguramente afirmar que a dignidade da pessoa humana, será um mero objeto de injustiças e arbitrariedade, a visão de homem como objeto, resulta-se na contradição à dignidade do ser humano¹⁶⁸.

3. Conceito de mínimo existencial, princípio da máxima efetividade da Constituição e teoria da efetividade das normas constitucionais.

O conceito do mínimo existencial parte da concepção de que o Estado não possui meios de assegurar de forma digna todos os direitos previstos como fundamentais na Constituição, uma vez que, é notória a ausência e escassez de recursos materiais para aqueles fins. Em suma, o Estado não é obrigado a garantir todas as condições de forma que máxime, a dignidade ao ser humano, contudo, no que diz respeito ao mínimo existencial, este estaria obrigado, por ter que cumprir ao que está ao seu alcance, por ser estes direitos de caráter subjetivo e obrigatório, a fim de atender as mínimas condições básicas para que a vida humana se desenvolva¹⁶⁹. Cármen Lúcia desenvolve explicando:

esse conceito do mínimo existencial acoplou-se ao sentido essencial do princípio jurídico-constitucional da dignidade humana. E a união desses conceitos firmaram-se no sentido de dotar de materialidade objetiva os compromissos da sociedade e do Estado, sem os quais não há como se produzir um ambiente social e político propício à efetivação do princípio constitucional da dignidade humana. Pelo acolhimento do conceito de mínimo existencial, a ser garantido como direito para a efetivação desse princípio, tem-se por estabelecido em espaço juridicamente assegurado e posto a cumprimento obrigatório, de tal modo que o seu não acatamento pode ser objeto de responsabilização do Estado(...)¹⁷⁰.

E que, no caso do Estado brasileiro, por não existir expressa previsão constitucional de um direito geral à garantia do mínimo existencial, os direitos sociais acabam por abranger certas dimensões do mínimo existencial, muito embora estes não possam e nem devam sofrer reduções para atendimento e garantia apenas do mínimo existencial. Os direitos sociais não

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.108-109.

¹⁶⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 445.

¹⁷⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ibid, ibidem*.

retira do mínimo existencial sua qualidade de direito e garantia fundamental autônoma, muito menos se desvia da necessária interpretação dos demais direitos sociais para determinados fins e efeitos específico a balizar no mínimo existencial¹⁷¹.

Deste modo o mínimo existencial, para alguns é definido como determinante constitucional referente aos atos praticados pelo Estado, em especial em suas políticas estatais, para que as insuficiências pessoais não se transforme num mero manifesto de um futuro que nunca chega¹⁷², o que afastaria a máxima efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, e até mesmo da efetividade máxima da nossa constituição, princípio este importante na implementação do novo ordenamento jurídico vigente no nosso caso, desde o ano de 1988.

Acerca máxima eficácia¹⁷³ da Constituição, pois o dispositivo constitucional, sobretudo nos casos dos direitos fundamentais, deverá ser atribuído o sentido mais amplo de eficácia que possa ocorrer, garantindo maior efetividade e eficácia a estes¹⁷⁴. Edilson Farias, elucida o princípio da máxima efetividade:

na interpretação das normas constitucionais, deve ser atribuído o sentido que lhes dê maior eficácia, especialmente quando se trata de normas que consagram direitos fundamentais. Podemos ainda extrair do Princípio da Máxima efetividade da Constituição as seguintes consequências hermenêuticas: eficácia jurídica direta da Constituição: a Constituição é susceptível de aplicação direta e imediata em relação a todos os casos subsumíveis nas suas hipóteses de incidência. Sob esse aspecto, a Constituição não apresenta diferenças com relação às outras normas infraconstitucionais, a não ser pelo seu caráter de norma de mais alto nível no ordenamento jurídico¹⁷⁵.

As regras de interpretação, deverá buscar uma harmonia entre o texto previsto na constituição, atendendo as suas finalidades precípuas, a fim de adequá-las à realidade demandando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas, sempre levando em conta a supremacia absoluta das normas constitucionais, com a predominância do princípio da dignidade da pessoa humana como horizonte guia da república, o que acaba por

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. Revista de Direito do Consumidor*. ano 16, nº 561, jan-mar/2007. BRASILCON. p.105.

¹⁷² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 447.

¹⁷³ “Também chamada de *técnica da eficiência* ou da *interpretação efetiva*. Seu escopo é imprimir eficácia social ou efetividade às normas constitucionais, extraíndo-lhes o maior conteúdo possível, principalmente em matéria de direitos fundamentais. A palavra de ordem é conferir às normas uma interpretação que as leve a uma *realização prática*, fazendo prevalecer os fatos e os valores nelas consignados”. BULOS, Uadi Lammêgos. *Op. Cit.* p.339.

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p.1224.

¹⁷⁵ FARIAS, Edilson Pereira de. *Hermenêutica Constitucional. Revista Sequência*. nº38, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, jul/99. p.81.

obrigar ao intérprete em especial do Poder Jurisdicional, utilizar-se destas, para aplicar as normas de maior favorecimento e proteção aos Direitos Humanos, garantindo interpretação de maior e mais amplo amparo constitucional¹⁷⁶.

Continuando com a linha de pensamento acima (máxima eficácia das normas constitucionais e mínimo existencial), podemos dizer que a teoria da efetividade em prática, procurar atribuir que:

em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O poder Judiciário, como consequência, passa a ter atuação decisiva, na realização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, (...) de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é pra ser cumprido. Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista, a ponderação e o mínimo existencial¹⁷⁷.

A efetividade enquanto teoria, para alcançar seus objetivos, promoveu de forma vitoriosa, três modificações no paradigma no antigo direito constitucional vigente, tais mudanças podem ser exemplificadas nos seguintes pontos: a) jurídico, o entendimento de que a Constituição possui normatividade plena, torando-se fonte de direitos e obrigações que independe da vontade do Legislativo; b) científico (dogmático), pelo reconhecimento da autonomia e objetos próprios do direito constitucional, libertando-o estremando do discurso político e sociológico; e c) institucional, tendo em vista a ascensão que o Judiciário brasileiro obteve como instituto de consagração do direito constitucional. Sendo que tais discursos (jurídico, científico e judicialista) foi o resultado histórico das necessidades brasileiras¹⁷⁸.

Na Alemanha e de um modo geral nos países da União Europeia, a garantia do mínimo existencial faz com que os indivíduos tenham acesso à assistência social, o que por si só não caracterizaria a afirmação da dignidade humana pelo Estado, mas este acesso, sua promoção e proteção correspondem às exigências que o princípio da dignidade humana acarreta, ou seja, uma ajuda para a autoajuda (*Hilfe zur Selbthilfe*)¹⁷⁹. Pois a garantia da existência digna tem muito mais alcance do que uma mera sobrevivência física, tendo como limiar além da

¹⁷⁶ MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.* p.16-17.

¹⁷⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.355.

¹⁷⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Idem.* p.354-355.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. Revista de Direito do Consumidor*. Ano 16, nº 61 Jan-mar, 2007. BRASILCON. p. 101.

absoluta pobreza, pois uma vida humana indigna seria aquela onde não se possuía alternativa, senão como única, a mera existência em sociedade¹⁸⁰.

No caso do Estado Alemão por ser mais cauteloso, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, parte do pressuposto de que há várias formas de atender ao mínimo existencial, em especial, pelo Poder Legislativo, pois este possui mecanismos para dispor sobre a forma da prestação, montante, condições para fruição daquele, e que somente por exclusão, nos casos de omissão ou desvio de finalidade do órgão Legiferante, é que os tribunais poderiam decidir sobre este aspecto da existência digna do ser humano¹⁸¹.

O mínimo existencial vem sendo interpretado como garantias materiais em que o ser humano precisa para viver dignamente, tem prevalecido não apenas no Estado Alemão, como também em outros países, como em Portugal, onde o Tribunal Constitucional em decisão recente, reconheceu que o mínimo existencial para uma sobrevivência condigna seria tanto um direito negativo como um direito positivo, sendo que este direito seria algo em o Estado deve positivamente assegurar materialmente por meio de prestações diretas por parte deste¹⁸².

Há, acerca das normas de direito prestacionais, referente aos direitos fundamentais sociais, uma obrigatoriedade de assegurar um conteúdo mínimo, ao indivíduo, reconhecendo a este um mínimo espaço vital e social, direitos mínimos ou direitos sociais pequenos, enquanto que o conteúdo máximo destes direitos se refere à satisfação plena dos direitos fundamentais, por exemplo, quando o direito a educação, é caracterizado como um direito a emancipação cultural-intelectual da individualidade, da autonomia e da maturidade político-social¹⁸³.

Ana Paula de Barcellos afirma que o mínimo existencial corresponde a um essencial elemento baseado na Constituição, que visa assegurar um aglomerado de necessidades básicas do cidadão¹⁸⁴. Adota a referida autora, que o mínimo existencial constitui a parte mais central e vital do princípio da dignidade da pessoa humana, o que garante a sua aplicação como uma regra sem possibilidade de ponderação, conforme mais explicado abaixo:

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. Revista de Direito do Consumidor*. Ano 16, nº 61 Jan-mar. 2007. BRASILCON. p. 101.

¹⁸¹ “Esta a posição de R. Breuer, op. Cit., p. 97. Também o Tribunal Federal Constitucional atribui ao legislador a competência precípua de dispor sobre o conteúdo da prestação, v. BVerfGE 40, 121 (133) e 87, 153 (170-1)”. apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*. p. 103.

¹⁸² “Cf. a decisão proferida no acórdão 509 de 2002 (versando sobre o rendimento social de inserção), bem como os comentários por Vieira de Andrade, op. cit., p. 403 e SS., e, mais, recentemente, por R. Medeiros, anotações ao art. 63 da Constituição Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. T, Im PP 639-40”. apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*. p. 101.

¹⁸³ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.485.

¹⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p. 126.

(...) o princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera do consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites¹⁸⁵.

Não se esquecendo, pois é:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo que realize os valores nela consagrados¹⁸⁶.

Por conseguinte, a compreensão do alcance do mínimo existencial, como direito e garantia fundamental, sempre deverá harmonizar-se com o direito à vida e com princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, conforme a constituição. O que enseja a ideia que a dignidade humana é protegida e efetivada com a prestação e garantia por parte do Estado e da sociedade a todos o acesso a condições básicas, que remete ‘nem mais nem menos do que uma vida saudável’¹⁸⁷, para que a Constituição não se torne um mero objeto de ficção, é que se conclama a sua máxima efetividade¹⁸⁸, como no caso do presente estudo, via judicial do direito fundamental à saúde, no contexto da reserva do possível¹⁸⁹.

¹⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p.252.

¹⁸⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, jan. 2007. p.34.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.59-60.

¹⁸⁸ No mesmo sentido: “Os direitos fundamentais são a base do Estado democrático e da observação das normas constitucionais que os estatui depende de permanência de um mínimo de estabilidade constitucional e institucional de um Estado que consagre o regime político democrático. (...) a interpretação adequada das normas de direitos fundamentais será sempre aquela que possa conduzir os mesmo à máxima efetividade, e, portanto, permitir que essas normas obtenham uma eficácia ótima a partir da interpretação com a prudente utilização de todos os elementos metodológicos hermenêuticos, notadamente os discutidos no âmbito da teoria da concretização constitucional. (...) os juristas encarregados da tarefa interpretativo-concretizadora da constituição e das normas de direitos fundamentais precisam, além de conduta proba e ética e conhecimentos técnico-jurídico, ampliar seus horizontes reflexivos, abandonando o pensamento exclusivamente tecnicista, oriundo das concepções positivistas lógico-formais, e abarcando uma maior amplitude de reflexões e ponderações de ordem jurídica e extra jurídica (política, sociológica, filosófica etc.)”. GALIDO, Bruno. *Direitos Fundamentais. Análise de sua Concretização Constitucional*. 1ª ed. 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. p.231.

¹⁸⁹ “Os direitos sociais por exigirem disponibilidade financeira do Estado para sua efetiva concretização, estão sujeitos à denominada cláusula de “reserva do financeiramente possível”, ou, simplesmente, “reserva do possível”. Essa cláusula, ou princípio implícito, tem como consequência o reconhecimento de que os direitos

CAPÍTULO III – A EFICÁCIA JURÍDICA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

1. O direito social à saúde como direito fundamental e indisponível.

Primeiramente devemos conceituar o direito a saúde¹⁹⁰, que só há pouco fora elevado a condição de direito fundamental do homem. Este direito por decorrência lógica do direito à vida, se assume na manutenção e proteção contra fatos indevidos que possa acarretar o esvaziamento deste direito, na ordem jurídica, assegura-se em casos de doenças o direito do ser humano, a ter perante o Estado um tratamento condigno de acordo com a atual prática médica, independentemente de sua situação econômica¹⁹¹. No mesmo sentido¹⁹².

O direito à vida¹⁹³, como todo princípio (*prima facie*), deverá ser realizado na medida em que apresente maior eficácia possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, afirmando que: “en general, que el reconocimiento de derechos subjetivos significa una medida mayor de realización que la sanción de meros mandados objetivos”¹⁹⁴.

Já o direito à vida¹⁹⁵, no ordenamento jurídico brasileiro está previsto no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁹⁶, de onde na doutrina

sociais assegurados na Constituição devem sim, ser efetivados pelo Poder Público, mas na medida exata em que isso é possível”. PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Op. Cit.* p.223.

¹⁹⁰ “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo 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 a sua promoção, proteção e recuperação. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público executa as ações de serviço público de saúde”. PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Op. Cit.* p.970.

¹⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2009. p.308.

¹⁹² “o direito à vida é o mais elementar dos direitos fundamentais; sem vida, nenhum outro direito pode ser fruído, ou sequer cogitado. Não se resume o direito à vida, entretanto, ao mero direito à sobrevivência física. Lembrando que o Brasil tem com fundamento a dignidade da pessoa humana, resulta claro que o direito fundamental em apreço abrange o direito a uma existência digna, tanto sob o aspecto espiritual, quanto material (garantia do mínimo necessário a uma existência digna, corolário do Estado Social Democrático)”. PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Op. Cit.* p.108.

¹⁹³ Complementa: “O conteúdo da vida assume duas vertentes. Traduz-se, em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e, em segundo lugar no direito a um adequado nível de vida.(...) Ademais, é preciso assegurar um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade humana. Isso inclui o direito à alimentação adequada, à moradia (art. 5º, XXIII), ao vestuário, à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215) e ao lazer (art. 217). O direito à vida cumpre, neste último sentido, por meio de um aparato estatal que ofereça amparo à pessoa que não disponha de recursos aptos a seu sustento, propiciando-lhe uma vida saudável”. TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.* p.569.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.440.

¹⁹⁵ “ O Direito a vida, previsto de forma genérica no art. 5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna. (...) ou seja,

concebe-se a vida humana, por um conjunto de elementos integrados de ordem materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais), considerada como fonte primária de todos os outros bens jurídicos, onde no seu envolvimento conceitual abrange: a) dignidade da pessoa humana; b) direito à privacidade; c) direito a integridade físico-corporal; d) integridade moral, e; e) direito à existência que consiste no “direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo”¹⁹⁷.

Conforme BULOS, o Supremo Tribunal Federal entende e considera o direito à vida como o mais relevante de todos os direitos¹⁹⁸, elucidando ainda:

Seu significado constitucional é amplo, porque ele se conecta com outros, a exemplo dos direitos à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, (...). Sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizam. Daí a Constituição proteger todas as formas de vida, inclusive a uterina¹⁹⁹.

Portanto, o direito à vida possui duplo aspecto: numa perspectiva biológica é traduzido como direito à integridade física e psíquica (inclusive o direito à saúde, vedação à pena de morte, proibição do aborto etc.); e em sentido mais amplo, visualiza-se como o direito ao acesso a condições mínimas materiais e espirituais necessárias a uma existência digna inerente à pessoa humana, abrangendo, inclusive, a proteção da vida intra-uterina²⁰⁰.

Consoante à lógica do art. 5º, §1º da Constituição Brasileira²⁰¹, os direitos sociais devem ser entendidos, no sentido de aplicar-lhes o máximo de efetividade e eficácia possível na espera procedimental para sua otimização e, ajustado pela casta de princípios fundamentais à luz do caso concreto, ou seja, os direitos sociais, inclusive de cunho prestacionais são

o direito a uma vida digna garantindo-se as necessidades vitais básicas do ser humano e proibindo qualquer tratamento indigno, como a tortura, penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, cruéis etc.” LENZA, Pedro. *Op. Cit.* p.701.

¹⁹⁶ “art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” BRASIL, Constituição (1988), promulgada em 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em 01.05.2011.

¹⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2009. p.198.

¹⁹⁸ BULOS, Uadi Lammêngos. *Op. Cit.* p.413.

¹⁹⁹ BULOS, Uadi Lammêngos. *Idem.* p.413-414.

²⁰⁰ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Op.Cit.* p.109.

²⁰¹ “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. BRASIL, Constituição (1988), promulgada em 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em 01.05.2011.

dotados de eficácia, por conseguinte, de aplicação imediata, contudo sua eficácia e efetividade não deverão ser igualmente atendida²⁰².

A eficácia diz respeito a uma aptidão e estado de potência que o direito fundamental (social à saúde) de produzir efeitos concretos, reais e imediatas da norma a ser cumprido, já a efetividade, deve ser compreendido como a concretização no âmbito fático e jurídico, que corresponde precisamente à noção de eficácia social²⁰³.

Luiz Roberto Barroso ilumina que, a eficácia social ocorre quando o comando normativo é concretizado, ou seja, passa a ser uma força operativa no mundo dos fatos, já a efetividade, refere-se à realização do direito no desempenho concreto da função social que exerce, ou seja, pela materialização dos preceitos legais, também no mundo dos fatos, simbolizando a mais íntima e possível relação do dever-ser da norma e o ser da realizada social²⁰⁴.

Por conseguinte, o não cumprimento do mínimo existencial por parte do Estado acaba por constituir uma agressão aos direitos fundamentais sociais, pois repercute de forma a não assegurar ao princípio da dignidade humana, contradizendo o que a Constituição Federal prevê²⁰⁵.

Os direitos sociais fundamentais, ou, fundamentais de segunda geração, são passíveis de obtenção via judicial da mesma forma quanto os direitos fundamentais de primeira geração, não podendo de deixarem de serem cumpridos ou ter sua eficácia denegada com base na alegação de que aqueles são normas de caráter programáticos, tendo desta forma aplicabilidade imediata²⁰⁶.

Resta-se, desta forma, inaceitável a ideia de que existe norma desprovida de operacionalidade e eficácia, as então chamadas normas programáticas, tendo em vista, que prevalece o entendimento de que as produções dos efeitos de todas as normas constitucionais deverão cumprir o fim a que estas se propõem, pois somente considera-se vida constitucional

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado*. *Revista de Direito do Consumidor*. ano 16, nº 561, jan-mar/2007. BRASILCON. p.99.

²⁰³ GALIDO, Bruno. *Op. Cit.* p.165.

²⁰⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.82-83.

²⁰⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 459.

²⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p.565.

a “efetividade da norma”²⁰⁷, a fim de evitar se transformar em ‘literatura de prateleira enfeitada’²⁰⁸.

O direito fundamental à saúde, na Constituição brasileira deve ser entendido numa obrigação em que o:

Estado deve promover políticas sociais e econômicas destinadas a possibilitar o *acesso universal igualitário* às ações e serviços para a *promoção, proteção e recuperação* da saúde. Ademais, deve preocupar-se igualmente com a *prevenção* de doenças e outros agravos, mediante a redução dos riscos (art. 166 e 188, II. Por fim, o tema relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, que pressupõem o Estado-garantidor, cujo dever é assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e desenvolver-se²⁰⁹ (em itálico conforme autor).

A eficácia do direito fundamental social à saúde, reflete-se, no acesso à saúde, sendo a saúde, entendida como: “o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas a ausência de afecções e doenças. (...), pois os constituintes compreenderam que a vida humana é o bem supremo, que merece amparo na Lei Maior”²¹⁰.

Portanto, resta-se incontroverso, com fulcro na doutrina até então exposta, que o direito social à saúde é considerado como um direito fundamental e indisponível, possuindo eficácia e efetividade jurídica plena e direta em face do Estado, ante a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, sem que seja assegurado o mínimo existencial, por ser considerado o núcleo essencial daquele, contudo, a concretização deste direito não pode, e, nem deve, ser realizado de forma idêntica, consoante se demonstrará.

2. Plausibilidade da existência de aspectos disponíveis do direito social à saúde pelo Poder Judiciário.

É possível a vinculação dos direitos fundamentais sociais, no âmbito da atividade jurisdicional, não apenas nos aspectos de normas de organização e processo, mas, sobretudo, criando assim normas de decisão de direito material, discute-se, portanto, o problema sobre o tema, sob três prismas, conforme lição de CANOTILHO:

²⁰⁷ “A Efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania”. BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.355.

²⁰⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 450.

²⁰⁹ TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.* p.844.

²¹⁰ BULOS, Uadi Lammêngos. *Op. Cit.* p.1287-1288.

(1) - no âmbito da fiscalização judicial, sobretudo quando se coloca o problema da desconformidade da lei com normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias; (2) - no plano da eficácia vinculativa das decisões do Tribunal Constitucional relativamente aos outros tribunais; (3) - no domínio da delimitação de competências e definição dos poderes de cognição entre o Tribunal Constitucional e os restantes tribunais.²¹¹

O Judiciário ao dispor de direitos fundamentais sociais, não pode atribuir competência para realizar o controle de constitucionalidade, no sentido de, dar-lhe mandamentos para fins de criação de políticas públicas ou providências gerais que atendam a sociedade, posto que, sempre deverá levar em consideração a existência ou não de recursos materiais com vista à execução daquelas determinações, ainda mais, pois, os demais serviços públicos dependem destes para concretização das atividades fins e demais direitos sociais, econômicos e culturais. Entretanto, o Judiciário pode proibir que o Estado adote políticas públicas que ofendam os direitos fundamentais lhes dando caminhos opostos aos previstos na Constituição, declarando invalidade constitucional por omissão ou até mesmo a invalidade dependendo do caso²¹².

A interferência judicial nas políticas públicas tem como sustentáculo jurídico: a) o direito fundamental constitucional de acesso ao Poder Judiciário; b) a obrigação constitucional de assegurar concretamente o direito ao mínimo existencial para garantia da dignidade da pessoa humana; c) a obrigação e dever dos governantes e legisladores de cumprir o princípio da supremacia constitucional, para que obedeçam e se submetam em qualquer caso e função ao que prescreve a carta maior; d) ao controle permanente da constitucionalidade das ações e normas do Poder Público, competência esta do Poder Judiciário para que conserve, resguarde e respeite a Constituição²¹³.

Visualiza-se também, quanto aos direitos sociais, além da observância de prestações materiais (alcance fático) aos cidadãos pelo Estado, uma prestação de caráter normativo relacionadas à organização e procedimento, pelos seguintes motivos:

primeiro porque o aspecto procedimento se sobressai ao aspecto protecionista; segundo porque não busca apenas a proteção do direito fundamental contra a intervenção de terceiros, mas, também, e talvez principalmente, a outorga concreta e

²¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p.447.

²¹² Asseverou o Ministro Celso de Mello, na ADPF n. 45, que “Em princípio, o Poder Judiciário não deve interferir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da separação de poderes, visto que os poderes legislativo e executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais...” ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 460.

²¹³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ibid, ibidem.*

o desenvolvimento de alguns destes direitos fundamentais pelo legislador ou pelo próprio juiz. Entram em jogo as ações de inconstitucionalidade por omissão, que visa constituir em mora o legislador, para que este edite o comando normativo faltante e as ações inibitórias contra ataques que os bens constitucionalmente protegidos possam sofrer. Além desses, o direito a evitar a violação de direitos fundamentais também podem ter por conteúdo a imposição do dever estatal de outorgar direitos fundamentais aos cidadãos sempre que estiverem presentes os pressupostos decorrentes do juízo de ponderação, de necessidade (hipossuficiência) do indivíduo e defesa do mínimo vital²¹⁴.

Outro aspecto, acerca da disponibilidade do direito fundamental social à saúde, dado que estes e os demais direitos fundamentais sociais não podem ser exigidos de forma generalizada pela sociedade, a propósito, cobrar responsabilização para adoção de políticas públicas coesos com as exigências sociais, pertinente aos direitos sociais, atendendo de forma especial o mínimo existencial, todavia, parece correto, que as pessoas num ordem pessoal e individualmente com fulcro nas normas constitucionais, exigir que seja assegurado o cumprimento com vista a impedir que a referida necessidade ocasione à morte, ou seja a proteção primordial do existir antes a proteção da vida digna. Tal fato é justificável, pois é de conhecimento que os Estados não possuem recursos financeiros razoáveis a fim de garantir uma política pública que satisfaça a todos em sociedade, todavia, nos casos em que o indivíduo seja capaz de comprovar via judicial sua condição de miserável, e por isso, necessite de intervenção judicial a fim de assegurar seu direito pra que possa afastar tal situação, onde temos como exemplos as ocasiões em que haja necessária providência médica, exames, cirurgia bem como remédios que não estão atendidos pelas políticas de saúde a todos, e nestes casos, por compor o conteúdo do seu direito fundamental poderá pleitear tais medidas por meio de organizações e instituições, que deverão ser ressarcidas pelo órgão estatal competente²¹⁵.

Em decorrência do Estado Social surge o princípio da Justiça Social, em que busca assegurar a igualdade fática e jurídica, além de iguais oportunidades (*Equality of opportunity*) e de condições de vida, uma vez, que esta correlaciona com as imposições constitucionais para a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais (Justiça Social), inerente ao ideal de igual dignidade social a toda pessoa humana. Esta decorrência busca também servir como alicerce antropológico-axiológico em desfavor de discriminações tanto do ponto de vista objetivo, como subjetivo, assumindo inclusive a feição de um princípio constitucional

²¹⁴ NETO João Pedro Gebran. ***Direito a Prestações Materiais e a Efetividade da Tutela Jurisdicional***. janeiro de 2004. p.4. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_prestacoes_materiais_e_a_efetividade_da_tutela_jurisdicional.pdf>. Acesso em 01.05.2011.

²¹⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 454.

que impõe a compensação em caso de desigualdades de oportunidades, e como princípio parâmetro sancionador em ocorrência de violações das igualdades, por atos omissivos, considerados inconstitucionais²¹⁶, declarados via Poder Judiciário.

A teoria da ineficácia e não efetividade das normas programáticas, incluso os direitos sociais, fundamenta-se que:

A incidência dessa teoria no âmbito dos princípios encontra-se implicitamente alinhadas à concepção de primazia do Poder Legislativo e de impotência do Poder Judiciário. Levada ao extremo, não aceita a possibilidade de concretização de certos comandos constitucionais por parte do Judiciário, por isso defende a ideia de que certas normas da Constituição (vigente!) estariam fora da esfera de manejo judicial legítimo (seriam não justiciáveis, como se tornou corrente afirmar), fazendo depender a concretização da Constituição da vontade exclusiva e arbitrária do Legislador, invertendo o postulado constitucional e a responsabilidade cometida ao próprio Judiciário pela realização constitucional em um país que ainda está a consolidar muitas de suas instituições democráticas²¹⁷.

Pois somente pela existência de uma função Jurisdicional robusta mantida pelo Estado, acaba por constituir, no momento de pacificação das relações entre os poderes, uma garantia de equilíbrio, ao tempo, que ante sua inexistência representa uma das maiores causas do insucesso do modelo de separação dos Poderes proposta pelos franceses. A condição política do Judiciário, revela-se pela capacidade de controlar a constitucionalidade de todos os atos emanados pelos outros poderes além de defender a coletividade nos casos de abusos cometidos pelo Poder Público, que porventura seja postos em juízo²¹⁸.

Reconhecendo, assim, na efetividade dos direitos fundamentais sociais, pela via judicial, a instrumentalidade para tutelar o interesse dos menos apadrinhados, a fim de se assegurar e reequilibra a sua posição inferior que lhes atrapalham o exercício das liberdades garantidas²¹⁹.

3. O princípio da reserva do possível e os direitos fundamentais sociais.

O princípio da reserva do possível foi utilizado pela primeira vez, conforme KRELL *apud* OLSEN, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, na ilustre ação *numero clausus*,

²¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p.430.

²¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.* p.124.

²¹⁸ JÚNIOR, Mauro Nicolau. *Op. Cit.* p.156.

²¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2009. p.141.

em que 2 cidadãos pleiteavam, cada um, em seus processos individualmente, o acesso a uma vaga na universidade de Hamburgo e universidade de Munique, respectivamente, do curso de medicina. O tribunal administrativo solicitou uma decisão do referido tribunal Constitucional acerca da interpretação, entre as leis estaduais, que restringiam esse acesso (limitação do número de vagas) e a Carta Maior Alemã, uma vez que estas ressalvas de vagas não os asseguravam o direito de acesso à educação de fundamentação constitucional, sendo portanto, o motivo da solicitação aquela Corte Suprema. Com base em várias ponderações de princípios e valores, o Tribunal Constitucional Germânico decidiu que a regra “*numero clausus*” estava em concordância prática com a Constituição, pois o Estado ao definir aquela limitação de vagas destinadas aos cursos de medicina em ambas as universidades, estava de acordo com seu alcance material razoável, para que o ensino superior na área médica fosse acessível a toda população alemã dentro de suas possibilidades, e, que no caso dos pedidos individuais daqueles cidadãos, não poderiam ser deferidos, sob pena de se negligenciar vários outros programas sociais, uma vez que estas decisões individuais comprometeriam as políticas públicas, sendo, portanto, razoável a limitação daquelas vagas, em detrimento do direito à educação, entendendo que o Estado não pode gastar além do que possui, tendo em vista a reserva do possível do que materialmente pode gastar em relação ao ensino conforme a Constituição²²⁰.

Desse modo, o princípio da reserva do possível, foi uma criação jurisprudencial alemã, adotada pela doutrina jurídica brasileira que em síntese traduz, a prática das políticas públicas só podem ser cobradas e o responsabilizar o Poder Público como um todo, quando houvesse recursos disponíveis para execução dos serviços públicos na sociedade, tudo de acordo, com as demandas a serem satisfeitas e estabelecidas²²¹.

Não quer dizer que os direitos sociais só poderiam ser cobrados pelo Estado somente no momento em que existir recursos financeiros suficientes para a execução de serviços públicos. Pelo contrário, os direitos sociais que não estivessem acobertados pela demanda de recursos financeiros para execução dos serviços públicos, existiriam no sentido de que o Poder Público não adotasse medidas contrárias, extintivas ou em afronta, ou até mesmo em tudo que for diferente da sua promoção²²².

²²⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p.215.

²²¹ No mesmo sentido. CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Op. Cit.* p.480-481.

²²² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 454.

A reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) traduz de forma errônea a ideia de que os direitos fundamentais sociais só existem como causa e dependência de dinheiros, tal concepção destes direitos sob “reserva dos cofres cheios” acaba por conferir nenhuma vinculação jurídica²²³. Eis que surge a teoria do mínimo existencial que, busca diminuir o impacto que a reserva do possível acabou por agregar aos direitos fundamentais sociais, ou seja, a visão de serem apenas eficazes na medida em que haja existência de recursos materiais destinados a sua efetividade, esta teoria entende que, há uma obrigação do Estado em assegurar na prática dos direitos sociais, um conteúdo mínimo, que atenda a dignidade da pessoa humana²²⁴.

Outro ponto que o princípio da reserva do economicamente possível repercute, está na responsabilidade do Estado e seus agentes públicos, por definir que não se pode cobrar o que não há condições de se executar. Por conseguinte, o Poder Público não pode ser responsabilizado por não gastar o que não tem, contudo, este pode ser considerado irresponsável caso despenda seus recursos de uma forma que atenda terrivelmente o constitucionalmente prioritário²²⁵.

Não se pode entender o princípio da reserva do possível como uma forma de que o Estado encontra para desvincular-se do cumprimento dos direitos fundamentais sociais para com a sociedade. Os direitos sociais existem independentes de recursos materiais disponíveis na execução de políticas públicas e outros auxílios por meio de serviços públicos destinados a concretização daqueles direitos constitucionais. Portanto, aquele princípio busca em um primeiro momento é a fixação dos limites da responsabilidade jurídico-constitucional dos órgãos estatais e de seus governantes com o desvio às providências financeiras previstas em nos orçamentos que teria de adotar e que não o tenha feito no alcance de suas possibilidades de recursos econômicos e financeiros, e não a anulação dos direitos fundamentais previsto na constituição²²⁶. Há outros autores que entendem, no mesmo sentido²²⁷.

²²³ “não significa um ‘*salvo conduto*’ para o Estado deixar de cumprir com suas obrigações sob uma alegação genérica de que ‘*não existem recursos suficientes*’. A não-efetivação, ou efetivação apenas parcial, de direitos constitucionalmente assegurados somente se justifica se, em cada caso, for possível demonstrar a **impossibilidade** financeira (ou econômica) de sua concretização pelo Estado”. PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Op. Cit.* p.223.

²²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Op. Cit.* p.481.

²²⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 455.

²²⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 455.

²²⁷ “Reserva do possível, pois, evidencia a relação estreita e inafastável que há entre o crescimento econômico do País e do orçamento público com o grau possível de realização dos direitos sociais, ainda que fundamentais e constitucionalizados. Mas a abordagem acerca da efetivação dos direitos sociais não é pautada exclusivamente por tal locução. O reconhecimento de que a concretização de direitos a prestações exige meios que não os,

Este princípio, também:

reforça o princípio da vinculação das políticas públicas aos direitos fundamentais sociais, econômicos e financeiros. Pode-se comprovar a inexistência de recursos para tudo o que se faça mister para determinada sociedade; mas há de se comprovar que aqueles que existiam foram utilizados segundo as prioridades jurídicas estabelecidas no sistema constitucional. Então, nestes tempos de constitucionalismo social, ter-se-ia prosseguida a marcha da concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, ainda que não se tenha completado o quadro de sua implementação, principalmente nos Estados mais pobres. Não pode haver direitos fundamentais apenas onde há cofres e onde se valorizem moedas. No entanto, há que se contar com elas para que os homens vivam em condições materiais minimamente razoáveis para se fazerem dignos. A chave da eficácia dos direitos fundamentais não é a mesma que abre e fecha os cofres onde se guardam os dinheiros públicos, mas os sistemas que abrem os dois sistemas – o jurídico fundamental e o econômico-financeiro – são acoplados para que o movimento de ambos seja concatenado e comprometido²²⁸.

Contudo, a competência do Legislativo em matéria de política financeira não é ilimitada, e tão pouco, um princípio absoluto. Em alguns casos os direitos individuais podem ter mais peso que as razões de política financeira²²⁹ do Poder Legislativo, a fim de dar efetividade aos direitos fundamentais sociais²³⁰. *Ibid, ibidem*.

Para Mauro Nicolau Júnior, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição brasileira, serve como parâmetro demarcatório, para a melhor definição que permita superar a limitação imposta pela reserva do possível, ressalvado o limite real de escassez, sendo a dignidade humana o verdadeiro representante do limite à restrição dos direitos fundamentais, devendo o juiz, coibir, tanto os abusos, como a sua supressão, que pudessem levar ao seu esvaziamento, mesmo que não seja exclusivamente sua tarefa²³¹.

estritamente, jurídicos, não significam que se deva considerá-los completamente sujeitos aos alvedrios do Legislativo e do Executivo.” MARTA, Taís Nader. BARBOSA, Felipe Amaral. **Dos Direitos Sociais e Dos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Rio Grande. Âmbito Jurídico, 01/08/2009. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id =6515>. Acesso em 01.05.2011.

²²⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 455.

²²⁹ “La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera”. ALEXYY, Robert. *Op. Cit.* p.495.

²³⁰ “En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal, en su decisión sobre el dinero para la vivienda de quienes reciben asistencia social aumentó, con consecuencias financieras, el círculo de quienes tenían derecho a esta prestación, a fin de eliminar una desigualdad de tratamiento y, en una decisión sobre la duración de la prisión preventiva, obligó al Estado a facilitar los medios necesarios para evitar una prisión preventiva desproporcionadamente larga. Todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador, a menudo lo hacen de una forma incómoda para éste y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos”. ALEXYY, Robert. *Ibid, ibidem*.

²³¹ JÚNIOR, Mauro Nicolau. *Op. Cit.* p.154.

Ana Paula Barcellos esclarece que o princípio da reserva do possível pode conviver com o princípio do mínimo existencial, desde que na utilização de recursos Públicos atenda primeiramente as exigências deste, e com os recursos remanescentes se discuta a luz daquele, pois entende que a:

Carta de 1988 em particular, pode ser resumida (...), na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.²³²

Deve-se deste modo, buscar uma adequação entre, os meios e modos, em que o discernimento do Legislativo e do Executivo não poderão agir com o intuito de negar os direitos fundamentais, muito menos ainda ‘à mentira de dinheiros não aplicados aos cidadãos serem certos de seu patrimônio jurídico e de uma sociedade justa construída para homens dignos’²³³.

4. Existência de recursos financeiros para efetivação do direito social à saúde.

O Estado pode escolher a forma despender os recursos financeiros, desde que atendam os interesses que garantem o mínimo existencial a todos na sociedade, uma vez que, não se pode forçar o Estado a ter o “*quantum*” necessário para que se assegurem todas as políticas públicas que consagrariam o atendimento daquele a todos e os demais direitos sociais, pois em um dado período de tempo, a demanda dos direitos sociais pode exceder a existência de recursos financeiros, em especial nos Estado onde a penúria e a pobreza sejam realidade predominante, dado a ausência de recursos matérias para modificar tal situação fática. Todavia, persisti uma obrigação-dever do Estado, tanto para que este demonstre que não utilizou de forma injusta ou errônea os recursos existentes, bem como também, que não os desviou para medidas acessórias, mesmo públicas, em relação às medidas consideradas principais para efetivação dos direitos fundamentais, soma-se a isso ao fato que o

²³² BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* p.246.

²³³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p.456.

administrador deverá ainda comprovar a não existência de recursos para a concretização de todos estes direitos sociais, econômicos e culturais centrais, previstos na Constituição²³⁴.

Possui este entendimento os ilustres autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, informando ainda que o Supremo Tribunal Federal:

tem reiterado em seus julgados que o caráter programático das normas sociais inscritas no texto da Carta Política não autoriza o Poder Público a invocar de forma irresponsável a “reserva do possível”, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade. Assim, a cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada levemente pelo Estado com o intuito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, salvo quando possa ser objetivamente demonstrado que inexistem disponibilidades financeiras do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, ou que falta razoabilidade à pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público²³⁵.

A disponibilidade de recursos financeiros previstos como necessários para que o Estado cumpra com suas obrigações constitucionais, garantindo os direitos fundamentais, inclusive os sociais, que por consequência resguardaria a todos e em especial os excluídos por ausência do vital para sobreviver, há de se reconhecer a obrigação do Estado para que garanta o mínimo existencial a todos de forma vinculada a estes recursos, uma vez que:

qualquer desvio orçamentário que importe em aquilatar programas e políticas voltadas ao setor terciário quando o mínimo ainda não tenha sido realizado e assegurado a todos, implica a responsabilidade de quem o tenha feito ou determinado. O desvio orçamentário é mais que abuso de poder: constitui desvio de finalidade constitucional primária e gasto sem fundamento constitucional. Além de ser nula, em face dos ditames constitucionais, é ilícito sendo responsabilizado quem se detinha a competência para atuar em determinado sentido do qual se tenha afastado²³⁶.

Tanto o Poder Executivo, como o Poder Legislativo, ambos estão vinculados pela constituição ao direito fundamental ao mínimo existencial, ao contrário do pensamento antigo de que os direitos sociais não teriam conteúdo constitucionalmente definido, que este serviria apenas como um mero balizamento para atuação preenchida por normas posteriores do Legislativo, tal pensamento, se cumprido resultaria numa inegável ineficácia constitucional, ‘norma que se daria a ver, e não a viver. Não seria verdadeiramente direito, mas literatura articulada em forma de norma’²³⁷.

²³⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p.451-452.

²³⁵ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Op. Cit.* p.224.

²³⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p.451-452.

²³⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p.452.

Os direitos sociais como fundamentais na Constituição, possuem como característica o seu cumprimento estrito e obrigatório, cabe tão apenas ao legislador regulamentar a forma como se dará ao cumprimento observando os limites desses direitos fundamentais, individuais, sociais, econômicos e culturais, além dos outros previstos na Carta Maior, ou seja, o Legislativo não pode se afastar por ser imperativo a este, agir sem transigir com o que está previsto constitucionalmente²³⁸.

A garantia dos direitos fundamentais é obrigação de todos os poderes públicos, sendo que o papel do Legislativo é elaborar orçamentos com vista ao atendimento das políticas públicas a serem fixadas e implementadas pelo Poder Executivo. A expressão Poder Público é compreendido como qualquer órgão ou instituição que o componha, o que a Constituição confia e os obriga como um dever fundamental de utilizarem dos meios jurídicos com vista à concretude daqueles, e que caso não ocorra, tanto por ação ou como por inação, resta-se caracterizado a inconstitucionalidade do ato emanado do Poder Público²³⁹.

Deste modo reconhece-se no direito fundamental à saúde, como um direito de todos, e dever do Poder Público, que por meio de políticas sociais e econômicas deve garantir a redução dos riscos de doenças e outros agravos, sendo regido pelos princípios da igualdade de acesso às ações e serviços de saúde, que tem por objetivo a promoção, proteção e recuperação deste direito, tudo isto de acordo com o princípio da universalidade de atendimento²⁴⁰.

Inclusive, em tempos de crises econômicas os direitos fundamentais sociais assume importante papel, tendo em vista que:

Pero, justamente entonces puede haber poco que distribuir. Parece plausible la objeción según la cual la existencia de derechos fundamentales sociales definitivos, por más mínimos que sean, vuelve imposible en tiempos de crisis la necesaria flexibilidad y, por ello, una crisis económica puede conducir a una crisis constitucional. Sin embargo, cabe señalar aquí que no todo lo que existe como derecho social está exigido por derechos sociales iusfundamentales mínimos; segundo, las ponderaciones necesarias de acuerdo con el modelo aquí propuesto, pueden, bajo circunstancias diferentes, conducir a diferentes derechos definitivos y tercero, justamente en tiempos de crisis, parece indispensable una protección iusfundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ella sea²⁴¹.

Tanto a omissão, como ação imperfeita, mutilada ou retardatária por parte do Poder Legislativo, assume em caráter patente de inconstitucionalidade não amparado pelo sistema

²³⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ibid, ibidem*.

²³⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Idem*. p.453.

²⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2009. p.831.

²⁴¹ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.496.

jurídico Constitucional²⁴². Tais medidas judiciais serão citadas e comentadas no tópico 3, Capítulo IV deste estudo.

5. Necessidade de ponderação entre o princípio da reserva do possível e o direito fundamental social à saúde – Princípio da concordância prática (harmonização), princípio da razoabilidade e “máxima da proporcionalidade”, com base no Princípio da Proibição de Retrocesso Social.

Em casos de colisão entre a eficácia do direito fundamental à saúde e o princípio da reserva do possível, há de se utilizar o princípio da concordância prática ou da harmonização que em:

seu núcleo essencial, (...) impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens²⁴³.

Outra forma de se resolver conflito de normas de direitos prestacionais à saúde, em face da reserva do possível, é pela utilizando o ‘princípio’ da proporcionalidade (entendida como, “máxima da proporcionalidade” por Robert Alexy , e não como princípio), ou “Critério da Proporcionalidade”, (sendo que esta possui 3 máximas parciais: i) adequação; ii) necessidade; e iii) a proporcionalidade em sentido estrito)²⁴⁴, que é decorrência lógica do mandado de otimização, que os princípios possuem. Nos casos em que um princípio entra em colisão com um princípio oposto, no momento de concretização de uma norma de direito fundamental. Para se chegar a uma decisão, é necessário uma ponderação, entre o sentido da lei em colisão, aplicando os princípios válidos, quando são aplicáveis, o que significa que a

²⁴² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 452.

²⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Op. Cit.* p.1225.

²⁴⁴ "Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él". ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.111-112.

máxima da proporcionalidade em sentido estrito, decorre justamente do caráter de princípios que as normas de direito fundamental possuem²⁴⁵.

Para TAVARES²⁴⁶, adotando os ensinamentos de Alexy e Canotilho, entende que o “critério da proporcionalidade”²⁴⁷ na doutrina brasileira, ainda debate sobre o seu caráter como princípio autônomo ou quanto a sua decorrência de outros princípios, como o do devido processo legal ou da isonomia, mas que seu reconhecimento parece ser majoritariamente, seja como elemento de referência na atividade do interprete (maior relevância na concepção contemporânea do Direito), seja na utilização dos tribunais brasileiros, por o fazerem das mais diversas formas e fundamentos, o que representaria uma falta de unidade pertinente a esta matéria.

Deste modo resolve-se o conflito, por meio do processo de ponderação, que deverá considerar:

Por un lado se encuentra, sobre todo, el principio de la libertad fáctica. Por el otro, se encuentran los principios formales de la competencia de decisión del legislador democráticamente legitimado y el principio de la división de poderes, como así también principios materiales que, sobre todo, se refieren a la libertad jurídica de otros pero, también, a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos²⁴⁸.

Na busca de se controlar a legitimidade do princípio da reserva do possível em âmbito constitucional, verifica-se a necessidade de dar efetividade ao princípio da razoabilidade (proporcionalidade). Uma vez que é aceitável ter norma constitucional aberta, mas não existe norma constitucional desprovida de sentido ou eficácia, e que para se determinar se alguma ação ou política pública não fora cumprida, sob o fundamento de ausência de recursos público, deverá ter que: a) seja comprovado de forma objetiva a falta da possibilidade material de cumprir ao constitucionalmente previsto como fundamental (serviços públicos essenciais) em quantidade suficiente para sua prática; b) demonstre que os recursos que foram aplicados em serviços desconsiderados como constitucionais e essenciais, não foram à causa do não atendimento ao previsto como constitucionalmente primordial e vital de acordo com as necessidades sociais; c) comprove que na aplicação do recurso material o administrador

²⁴⁵ "Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él". ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.111-112.

²⁴⁶ TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.* p.780.

²⁴⁷ C.f. Expressão utilizada em sua obra. TAVARES, André Ramos. *Ibid, ibidem*.

²⁴⁸ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p.494.

público não poderia se exigir conduta juridicamente diversa dos gastos realizados a fim de se assegurar o melhor atendimento dos direitos fundamentais, com cuidado em especial à observação do mínimo existencial a todos²⁴⁹.

Somente após a divulgação pública das políticas públicas que estejam razoavelmente em consonância com as determinações constitucionais, é que estas se tornam válidas. Isto se deve ao fato de que o agente público, não é livre, pois não existe liberdade de ação, e sim espaço para discricionariedade tudo de acordo com as práticas estatais de seu domínio. A despesa realizada com obras, serviços e bens que não respeitem as necessidades básicas não há de ser considerada legítima, pois, sequer atende ao respeito do mínimo existencial, o que acarreta a primazia dos interesses particulares sobrepostos aos direitos fundamentais, estes interesses primários da sociedade e dos seus cidadãos. Portanto, o princípio da reserva do possível não exclui dos governantes a obrigação constitucional de cumprimento dos direitos fundamentais e de seu respeito impreterível não só do quanto se gasta, mas o mais importante de como se gasta os recursos públicos, com baliza nos princípios da ética, justiça social e da solidariedade, o que por via de consequência libera o Estado de ser responsabilizado pelo que não gastaram daquilo que não tinha, tudo isto de acordo com a Constituição de um Estado Democrático de Direito²⁵⁰.

Com o fim de resguardar mais ainda os direitos fundamentais sociais, surge o princípio da proibição do retrocesso social, que em síntese diz que, aqueles direitos por já estarem incorporados ao patrimônio jurídico da cidadania não são passíveis de supressão, tendo em vista que próprio ordenamento jurídico Constitucional do Estado Democrático Social de Direitos blindam-os, contra qualquer ameaça ou medida que vise suprimir totalmente ou parcialmente, acarretando assim, segurança jurídica aos indivíduos na sociedade perante o poder Estatal²⁵¹. No mesmo sentido²⁵²

Acerca do princípio da proibição do retrocesso social, elucida José Joaquim Gomes Canotilho, que se apresenta na ideia de proibir a contra-revolução social ou evolução

²⁴⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 457.

²⁵⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Idem.* p. 458.

²⁵¹ MARTA, Taís Nader. BARBOSA, Felipe Amaral. *Op. Cit.* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6515>. Acesso em 01.05.2011.

²⁵² “Esse princípio da vedação de retrocesso visa a impedir que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender dessas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade. Significa que, uma vez regulamentado determinando dispositivo constitucional, de índole social, o legislador não poderia, ulteriormente, retroceder no tocante à matéria, revogando ou prejudicando direito já reconhecido ou concretizado”. PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Op. Cit.* p.222.

reacionária, ou seja, uma vez que os direitos sociais e econômicos são alcançados ou conquistados, este passam a constituir tanto como um direito subjetivo como uma garantia institucional. Tanto como garantia, ou como direito subjetivo, deverá prevalecer sempre, independentemente de crises, recessões e situações econômicas difíceis, ficando-os a salvo da disposição Legislativa que possa querer diminuí-los, dado a estes acontecimentos econômicos. Reconhece nesta proteção um direito prestacional de propriedade, adquiridos subjetivamente como uma limitação jurídica imposta ao Legislador, inclusive, em uma obrigação de cumprir com uma política adequada com os direitos já concretizados²⁵³.

Ingo Wolfgang Sarlet enfatizando que o constituinte originário brasileiro adotou um sistema de proteção da própria Constituição para que esta seja mantida e protegida, tendo em vista sua supremacia na ordem jurídica, e com isto, limitou (adotando: a) limites materiais; b) limites temporais - impossibilidade de reapresentação de projeto e c) formais) o poder do Legislador Constituinte (Poder Constituinte Reformador) para que este não possa alterá-la, com vista à elaboração de uma nova Constituição. E mesmo que o Poder Legislativo possua liberdade de exegese infraconstitucional, este deverá fazê-lo com o intuito de concretizar o direito fundamental prevista na Constituição, exercendo assim, a competência ora prevista para fins de concretização desta²⁵⁴.

O princípio da proibição do retrocesso²⁵⁵ social implica por construção sistemática, que nenhuma Lei poderá suprimir de forma parcial ou total de direitos fundamentais (sociais prestacionais) previstos na Constituição, assumindo assim, após a sua regulamentação infraconstitucional, a condição de verdadeiros direitos de defesa, podendo ser requerida sua proteção pelo Poder Judiciário contra atos do Poder Público que tenha por fim sua atenuação, ou até mesmo, seu aniquilamento²⁵⁶.

O art. 5º, §1º da Constituição Brasileira de 1988, define claramente que as normas definidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, incluímos aqui, os já

²⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Op. Cit.* p.339-340.

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.346.

²⁵⁵ O mesmo satisfatoriamente, em outro texto, acerca do princípio da proibição do retrocesso social: “seja ele implementado por meio do reconhecimento de “cláusulas pétreas”, seja ele desenvolvido implicitamente a partir de outros princípios constitucionais, constitui-se não apenas em salvaguarda do Estado social de Direito ou, caso preferimos, da justiça material, mas principalmente da própria dignidade da pessoa humana, valor-guia de toda ordem jurídica que se pretenda legítima”. SARLET, Ingo Wolfgang. *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*. *Revista de Direito Social*. Ano 1. 2001. Nº 3. p.44.

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.370.

reconhecidos direitos fundamentais sociais previstos nos art. 6º a 11 do mesmo diploma maior. Uma vez que:

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nela garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes²⁵⁷.

Como é na Constituição que pormenoriza e diz os direitos fundamentais, incluso aí os sociais dentre outros, com a imprescindível necessidade de assegurar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, conclui-se que aquela seria mentirosa caso seus direitos fundamentais fossem abúlicos e confiadas à criação de forma ilimitada pelo legislativo infraconstitucional dependentes de reservas materiais, posto que o Poder Público não possui liberdade, por ser dono de competências definidas e colocadas na ordem jurídica para atender aos fins prescritos no direito positivado. O que demonstra de forma clara a vinculabilidade do ente público ao previsto na Constituição por suas normas garantidoras de direitos fundamentais, efetivando e criando limites no modo de agir para fins de cumprimento destas normas. Pois se fosse de modo contrário, ou seja, o Poder Público pudesse agir do modo como bem entendesse, a Constituição seria inútil, haja vista que esta estrutura, organiza, define direitos a serem cumpridos por aquele, tudo isso que fora originariamente decidido pelo povo²⁵⁸.

Em suma, o princípio da reserva do possível não poderá ser entrave para dar efetividade ao direito fundamental social à saúde, tendo em vista os mecanismos de interpretação previstos para dá sua concretude pelo ente público, utilizando o princípio da concordância prática e o da razoabilidade (proporcionalidade), sem que haja de forma alguma (parcial ou total) o retrocesso social dos direitos e garantias fundamentais sociais mínimas de uma existência digna, previsto na Constituição. Tal ponderação do direito fundamental à saúde, será detalhadamente esclarecida, consoante decisões adiante colacionadas.

6. Efetividade do direito fundamental (social) à saúde em face de particulares (Eficácia Horizontal), com base no mínimo existencial.

²⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2009. p.165.

²⁵⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Op. Cit.* p. 450-451.

O objeto dos direitos sociais, incluso à saúde, é promover a igualdade e a liberdade material, para fins de compensação de grandes desigualdades, e acima de tudo, assegurar a garantia de condições efetivas para uma vida com dignidade, pois quanto maior a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais na ordem privada, maior será sua eficácia social²⁵⁹.

As normas que consagram os direitos fundamentais que garante bens jurídicos como dignidade, liberdade, vida e integridade pessoal, assinala tanto para o dever do legislativo em estabelecer uma adequada e ordenada relação jurídica privada, na perspectiva dos direitos, liberdade e garantias, como também, sobretudo, para a responsabilização do Judiciário em utilizá-las pra fins de solução dos conflitos de posições fundamentais de forma justa, e este tribunais (civis, trabalhistas e constitucionais) deverão analisar nos casos concretos os direitos de liberdades e garantias para então adotar suas medidas de decisão²⁶⁰.

Estas decisões, em um primeiro momento, deverão dar uma operatividade prática e objetiva dos direitos de liberdade e garantia do seguinte modo: a) *primus* deverão realizar uma aplicação do direito privado positivo em concordância, via interpretação de acordo com a constituição, com os direitos fundamentais; b) caso a interpretação dos direitos privados de acordo com os direitos, liberdades e garantias forem insuficientes, os tribunais de acordo com sua competência deverão realizar a desaplicação daquela por clara inconstitucionalidade que viola os direitos subjetivos ou bens, ambos garantidos por normas consagradas de direitos fundamentais; c) na interpretação das regras de direito privado consoante os direitos, liberdade e garantias, deverá utilizar como instrumentos tanto os conceitos indeterminados ou clássicas cláusulas gerais (boa-fé, abuso de direito) como também as normas que protegem e consagram bens jurídicos absolutos (vida, liberdade), o que de fato se caracteriza pela concretização dos bens jurídicos protegidos via constituição, através do Poder Judiciário que emana normas de decisões utilizando a interpretação-integração dos direitos privados coerente e obedecendo à Constituição²⁶¹.

Igualmente, verifica-se a necessidade de cautela ao realizar a ponderação na efetividade dos direitos sociais (também em outros bens jurídicos) nas relações privadas, pois deve levar em conta a proporcionalidade adotando-se como critério material a dignidade do

²⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado*. *Revista de Direito do Consumidor*. ano 16, nº 561, jan-mar/2007. BRASILCON. p. 108.

²⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Op. Cit.* p.1292.

²⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Ibid, ibidem*.

ser humano, pelo menos o conteúdo deste, não necessariamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais que vincula diretamente tanto o Estado como os particulares. Pois há quem (número expressivo) discute a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o núcleo essencial dos direitos fundamentais e o conteúdo da dignidade da pessoa humana (reconhecida a cada indivíduo e a todos), atrela de forma direta, o que prevalece em alguns casos sobre as anteriores opções do Legislativo e das políticas Públicas²⁶².

As parcelas que diz respeito a assegurar um mínimo existencial por via constitucional geram direitos subjetivos, vinculantes e passíveis de exigência via judicial, o que sucede efeitos jurídicos diretamente aos indivíduos, e que este, em algumas, com base numa correta ponderação e hierarquização de bens, podem ser situarem como sujeitos passivos sem antecedente permissivo legal, e tão quanto evidente é a circunstância da simples e pura negativa de tal possibilidade irá ferir mortalmente o mínimo existencial, pois naquilo em que os direitos sociais estiverem em referência a este, inclusive na dimensão prestacional, acabam por gerar efeitos que atrelam diretamente nas relações entre particulares, dependendo do caso²⁶³.

O pensamento de que a realização dos direitos fundamentais como um compromisso de todos conforme CUNHA FILHO, pois está implícito, na estrutura dos direitos fundamentais, pois não se pode pensar em nestes direitos sem o comprometimento de todos que vivem na sociedade em termos políticos, que advém do entendimento de que aqueles devem ser conquistados por meio de lutas no meio político com a participação de diversas esferas do espaço público democrático, e não simplesmente ser dado pelo Estado²⁶⁴.

²⁶² “É o caso, para ilustrar com alguns dos nomes mais ilustres, de C. A. de Mota Pinto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. Ed. A. P. Monteiro e P. Mota Pinto (atual.). Coimbra. Coimbra Editora, p. 40 e ss. adotando, em síntese, a partir da última edição da obra, uma posição já mais próxima da metódica diferenciadora sustentada por Gomes Canotilho, mas ainda partindo de uma eficácia em princípio, portanto, como regra geral, indireta, tal qual sustentada nas primeiras edições da obra. Na Alemanha, esta é a posição subjacente à obra de J. Neuner. *Privatrecht und Sozialstaat*, p. 150 e ss. No âmbito da doutrina constitucional especializada, v. por todos, em língua portuguesa, as excelentes contribuições de P. M. Pinto. *O direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Portugal-Brasil ano 2000. Coimbra. Coimbra Editora, 2000, p. 149 e ss., e de J. C. V. de Andrade (op. cit., p. 266 e ss.), que, no entanto, adota posição bem mais restritiva no que diz com a eficácia direta do núcleo essencial (e da dignidade da pessoa humana) que, segundo este autor, seria possível em princípio em situações marcadas por efetiva desigualdade fática e, portanto, da existência de um desnível de poder social.” *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. Revista de Direito do Consumidor**. ano 16, nº 561, jan-mar/2007. BRASILCON. p.119.

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*. p.120.

²⁶⁴ CUNHA FILHO, Valter Fernandes da. **Estado, direito e economia: Uma visão realista acerca dos dilemas da efetivação dos direitos sociais nas democracias contemporâneas. Direitos Humanos e Democracia**. Coordenadores. CLÈVE, Clèmerson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro. Forense. 2007. p.553.

Há formas de efetivação dos direitos fundamentais sociais, incluído o social à saúde, afirmando-o como direito subjetivo Constitucional, tendo em vista que são direitos caracterizados (com base na efetividade) como: i) normas que possuem uma vinculatividade normativo-constitucional, não sendo concebidos como normas programáticas ou linhas de direção política, sem obrigatoriedade do Estado para com o indivíduo; ii) possíveis de controle judicial, quando for objeto de leis ou regulamentos relativo à sua organização, de modo que visem a restringir o direito à saúde; iii) normas que impõe ao Poder Legislativo a obrigatoriedade de seu cumprimento, via legislação complementar, que nos casos do não cumprimento, poder alegar inconstitucionalidade por omissão; iv) tarefas de cunho Constitucional em que fixa a obrigação do Poder Público em concretizar os direitos sociais, por medidas reais e determinadas; v) garantia de controle da atividade Legiferante na produção de medidas concretas dos direitos sociais por não estar dispostas a livre atuação do Legislador, embora se reconheça uma ampla liberdade de conformação, tanto nas soluções normativas reais e de cunho organizatório, como no ritmo de materialização²⁶⁵.

A eficácia horizontal²⁶⁶ faz as relações privadas dos direitos fundamentais ser um assunto bastante polêmico, tendo em vista as várias decisões e particularidades de cada caso apresentados no Judiciário, do mesmo modo:

o reconhecimento da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais pode servir como um importante instrumento para moldar, de acordo com parâmetros de justiça substantiva, extraídos da Constituição, a miríade de relações assimétricas travadas na sociedade²⁶⁷.

Nesse sentido, duas teorias podem ser destacadas e cogitadas acerca da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas:

“**eficácia indireta ou mediata** – os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, seja dentro de uma dimensão **proibitiva** e voltada para o legislador que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais, ou, ainda, **positiva**, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam se aplicar às relações privadas; **eficácia direta ou imediata** – alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja a necessidade intermediação legislativa, para a sua concretização. (...) Podemos afirmar que como importante consequência da **dimensão objetiva** dos direitos fundamentais decorre a sua “**eficácia irradiante**” (Daniel Sarmento), seja para o legislativo ao elaborar a

²⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Op. Cit.* p.482.

²⁶⁶ “Também denominado pela doutrina de eficácia **privada** ou **externa** dos direitos fundamentais, surge como importante contraponto à ideia de eficácia **vertical** dos direitos fundamentais”. LENZA, Pedro. *Op. Cit.* p.698.

²⁶⁷ SARMENTO, Daniel. *Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil.* apud BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.284.

lei, como para a administração pública ao “governar”, seja para o judiciário ao resolver eventuais conflitos”²⁶⁸ (Grifo do Autor).

Relembrando que, consoante TAVARES, existe um grave risco no Brasil se tornamos eficaz diretamente e imediatamente os direitos fundamenta no plano horizontal. Uma vez que, se isto acontecer, estaríamos relegando a segundo plano o Direito Privado, constitucionalizando todo o direito no tratamento de matérias entre os particulares. Com isso transformaríamos o STF em uma verdadeira Corte de Revisão, pois todas as situações em que ocorram relacionamentos sociais, passará a ter natureza constitucional, o que não se deseja. Contudo, não pode negar os casos em que há omissão absoluta pelo Poder Legislativo, “que os direitos ‘apenas’ constitucionalmente fundados, sejam suporte para a solução imediata de relação privada. (...) que tem sepultado diversos direitos constitucionais”²⁶⁹.

A colisão de direitos fundamentais na linha horizontal poderá ocorrer, tanto pelo confronto do:

o princípio da **autonomia da vontade privada** e da **livre iniciativa** de uma lado (art. 1.º, IV, e 170, *caput*) e o da **dignidade da pessoa humana** e da **máxima efetividade dos direitos fundamentais** (art. 1.º, III) de outro. Diante desta “colisão”, indispensável será a “**ponderação de interesse**” à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o judiciário terá que avaliar qual dos interesses deverá prevalecer²⁷⁰ (Grifo do Autor).

Desse modo, é pelo reconhecimento da ligação existente entre, os direitos fundamentais sociais, dignidade do ser humano e o direito a proteção da vida, e sua relação em meio às necessidades para a existência de todo e qualquer cidadão, é que, visualizaremos o assim designado direito a um mínimo existencial, e sua íntima ligação com os direitos sociais²⁷¹, para o alcance deste. E caso estes direitos não sejam efetivados da forma correta por parte do Estado e/ou por particulares, estes poderão pedir intervenção coletiva ou individualmente, por via judicial em face dos particulares pra defesa dos direitos sociais, econômicos e culturais de grande relevância coletivamente, por meio de procedimentos de massa, para defesa da saúde, meio ambiente, patrimônio cultural e direitos dos consumidores²⁷².

²⁶⁸ LENZA, Pedro. *Op. Cit.* p.699.

²⁶⁹ TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.* p.527.

²⁷⁰ LENZA, Pedro. *Op. Cit.* p.700-701

²⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. Revista de Direito do Consumidor*. ano 16, nº 561, jan-mar/2007. BRASILCON. p.99.

²⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Op. Cit.* p.514.

Um exemplo que encontramos, em que o direito fundamental à saúde nas relações particulares é assegurado pelo Poder Judiciário, é nos casos em que obriga a empresas privadas (mantenedoras de planos de saúde) a dar cobertura a procedimentos não previstos em contrato, fundamentando-se no direito fundamental social à saúde bem como na proteção do consumidor²⁷³. Importante informarmos, recente decisão do STJ, no mesmo sentido, inclusive, indenizando moralmente a paciente pela não prestação de serviço por parte da seguradora, conforme notícia abaixo:

No STJ, a ministra Nancy Andrighi afirmou que a regra de que, nos contratos, o mero inadimplemento das obrigações não dá causa a danos morais deve ser excepcionada quando as circunstâncias indicam consequências bastante sérias como resultado do ato. ‘A jurisprudência do STJ vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária’, explicou a relatora. ‘O diagnóstico positivo do câncer certamente trouxe forte comoção à recorrente. Porém, talvez pior do que isso, tenha sido ser confortada pela notícia quanto à existência de um tratamento para, em seguida, ser tomada de surpresa por uma ressalva do próprio plano de saúde – que naquele momento deveria transmitir segurança e tranquilidade ao associado – que impedia a sua realização, gerando uma situação de indefinição que perdurou até depois da cirurgia’, completou a ministra. ‘Maior tormento que a dor da doença é o martírio de ser privado da sua cura’, acrescentou²⁷⁴.

No Brasil, temos, por exemplo, processos coletivos como a ação civil pública, ação civil coletiva e mandado de segurança coletivo, além de outros instrumentos processuais, o que não se deseja exaurir, e, adentraremos de forma mais detalhadas no próximo capítulo as decisões acerca do direito fundamental social de prestação a saúde.

²⁷³ “No caso do direito à saúde, citado por Wilson Steinmetz quando da sua já referida crítica, também já se registram casos de imposição – inclusive na esfera jurisdicional – de prestações materiais a entidades privadas, em favor de outros particulares. Isto verifica com certa frequência (e, é claro, em determinadas circunstâncias e sob determinados pressupostos) em hipóteses envolvendo empresas mantenedoras de planos de saúde que, mesmo alegando não haver cobertura contratual, são obrigadas, com base nos direitos fundamentais à proteção do consumidor e à saúde constitucionalmente assegurados, a arcar com as despesas médico-hospitalares relativas a seus segurados”. apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. Revista de Direito do Consumidor*. ano 16, nº 561, jan-mar/2007. BRASILCON. p.118.

²⁷⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recusa injusta de cobertura por plano de saúde gera dano moral e deve ser indenizado*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102126>. Acesso em 08.06.2011.

CAPÍTULO IV – A SAÚDE NO BRASIL E EM PORTUGAL. REALIDADE FÁTICA E JURÍDICA, POR MEIO DE DECISÕES ACERCA DO DIREITO À SAÚDE

1. Breve dados acerca da saúde no Brasil.

No Brasil é notória e conhecida a má distribuição de renda²⁷⁵ bem como a péssima prestação de serviço público no tocante à saúde, e, isto vem ocorrendo desde o ano de 1980, pois existem estudos que afirmam a estreita correlação entre nível de vida (renda) e saúde, conforme os seguintes dados: a) até ¼ salário mínimo: 57,3 – esperança de vida ao nascer e 98,7 – probabilidade de morte antes de completar um ano (0/00); b) mais de ¼ a ½ salário mínimo: 58,5 e 94,1, respectivamente; c) mais de ½ a 1 salário mínimo: 60,1 e 88,00 respectivamente; d) mais de 1 salário mínimo: 61,8 e 81,5 respectivamente; e) todos os níveis de renda: 60,1 e 87,9, respectivamente²⁷⁶. Igualmente, no ano de 1984 quem ganhava mais de 5 salários mínimos tinha uma esperança de vida que chegava ao patamar de 73,4 anos de idade.

Para fins comparação da evolução da esperança de vida, reflexo direto da saúde no Brasil no ano 1990, e esperança de vida média dos brasileiros ao nascer era de 65,49 anos, sendo este coeficiente uma média das regiões do Brasil, tendo como a menor expectativa de vida a região Nordeste com 64,22 e na região Sul e Sudeste 68,68 e 67,53 respectivamente²⁷⁷. No ano de 2007 chegou ao patamar de 72 anos de idade, muito aquém dos países (Alemanha, EUA, Japão e Portugal), conforme mais adiante se demonstrará. Já a mortalidade infantil no ano de 1985 era de 66,59%, atingiu em 2000 o percentual 35,26% por mil nascimentos²⁷⁸.

Com relação às despesas realizadas pela União durante a década de 70 a 80, o percentual num chegava a 2% das despesas gerais, bastante distante do percentual gasto por diversos países europeus no mesmo período²⁷⁹. No ano de 1990 o Brasil gastou US\$ 19,8 bilhões de dólares, com uma *per capita* de US\$ 132, ou seja, um percentual de 4,2% do PIB

²⁷⁵ “A proporção de renda abocanhada pelos 10% mais ricos da população se mantém estável, em torno de 47% da renda total.” Com base em dados de 1981 a 2000. BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego - MTE. **Painel Distribuição de renda**. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/salmin/t20.pdf>>. Acesso em 01.05.2011.

²⁷⁶ COHN Amélia. ELIAS Paulo Eduardo M. **Saúde no Brasil – Políticas e Organização de Serviços**. 4º Ed. São Paulo: Cortez. CEDEC. 2001. p.36.

²⁷⁷ COHN Amélia. ELIAS Paulo Eduardo M. *Ibid, ibidem*.

²⁷⁸ BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica. Evolução e Perspectivas da Mortalidade Infantil no Brasil**. número 2. Rio de Janeiro: 1999. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/evolucao_perspectivas_mortalidade/evolucao_mortalidade.pdf>. Acesso em 01.05.2011.

²⁷⁹ COHN Amélia. ELIAS Paulo Eduardo Op. Cit. p. 40.

brasileiro, sendo 2,8% referente a gastos públicos e o restante 1,4% a gastos privados. E no ano de 1994 com um PIB de R\$ 530 bilhões de reais, as despesas com saúde alcançaram a marca de R\$ 21,2 bilhões, com um *per capita* de R\$ 136 (US\$ 151) deste total R\$ 88,00 (US\$ 98) vindos do setor público, ou seja, 2/3 dos gastos totais com saúde são custeados pelo governo Brasileiro²⁸⁰.

A título comparativo, com outros países, no mesmo ano de 1990 de acordo com o Banco Mundial o gasto conforme o PIB foi: EUA 12,7%, Alemanha 8,0%, Japão 6,5%, Dinamarca 6,3%, e, países estes, com uma consolidada economia de mercado, enquanto que nos países situados na América Latina e Caribe como Nicarágua 8,6% e Paraguai 2,8%, os seus gastos são menos expressivos e com uma variação bem maior que os primeiros. “Vale destacar que nos países de economia de mercado consolidada a distribuição do gasto percentual do PIB entre os setores é significativamente maior para o público em relação ao privado, constituindo a única exceção os EUA, em que o gasto público corresponde a 5,6 do PIB, enquanto o gasto privado alcança 7,0%”²⁸¹.

Em 2007 no Brasil, a despesa das famílias no consumo de bens e serviços de saúde foi 4,8% do PIB – R\$ 128,9 bilhões de reais sem intervenção pública, enquanto, que o Estado brasileiro teve com a saúde despesa de 3,5% do PIB – R\$ 93,4 bilhões, e o terceiro setor por meio de suas instituições sem fins lucrativos a serviço da saúde 0,1% do PIB, R\$ 2,3 bilhões, chegando a um total de gastos em saúde o percentual de 8,4% do PIB brasileiro²⁸².

2. Sistema de Saúde Brasileiro após a Constituição Federal de 1988.

Na Constituição em vigor no Brasil, os direitos a prestação encontra-se com uma aceitação sem antecedentes no constitucionalismo pátrio, o que resultou num capítulo dedicado especialmente aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais²⁸³.

²⁸⁰ COHN Amélia. ELIAS Paulo Eduardo M. *Op. Cit.* p.100-101.

²⁸¹ COHN Amélia. ELIAS Paulo Eduardo M. *Idem.* p.99.

²⁸² BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Contas Satélite de Saúde 2005-2007**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/economia_saude/css_2005_2007/economia_saude.pdf>. Acesso em 05.05.2011.

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. pág.186.

No caso brasileiro o direito fundamental social à saúde está previstos, consoante já exposto em diversos artigos da Constituição Federal de 1988, já referenciados, e, após a promulgação desta adveio sua regulamentação infra constitucional com implementação do Sistema Único de Saúde – SUS por meio da Lei Orgânica da Saúde nº 8080/90²⁸⁴ e pela Lei nº Federal 8142/90²⁸⁵, ambas vieram dar e buscar o acesso universal e equânime da saúde a todos, obedece a algumas diretrizes, quais sejam: a) Implementação dos princípios com vista à viabilização e concretização do SUS; b) descentralização, com repasse de recursos e delegações de poderes nos níveis estadual e municipal com o intuito de criarem e executarem políticas públicas que atendam suas reais necessidades; c) mudanças institucionais para que o Ministério da Saúde, execute suas obrigações pertinentes ao SUS, de forma que não atendam a fins políticos-clientelísticos, prática até então presente; d) centralização dos recursos junto ao Ministério da Saúde, que recebe estes e repassa ao Fundo Nacional de Saúde, e) criação de Conselhos Nacionais, Estaduais e Municipais compostas de representantes do governo e membros da sociedade, bem como de instancias intermediárias como o conjunto de conselhos municipais (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS) ante os estaduais e bem como outra que integre o conjunto de conselhos estaduais (Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde - CONASS) perante o conselho nacional e f) A função por parte do Ministério da Saúde de assegurar e dar apoio técnico para fins de criação de recursos humanos a níveis estaduais e municipais, na área de pesquisa e criação de novas diretrizes que atendam a uma boa política de saúde.²⁸⁶

O Sistema de Saúde no Brasil abrange os serviços públicos nas três esferas de governo (Municipal, Estadual e Federal) bem como os serviços privados incluindo as entidades de fins filantrópicos, lucrativos, beneficente dentre outras. Os serviços públicos são prestados pelo governo e seu público alvo são todos, dado a universalidade de acesso, contudo, tais serviços são utilizados por pessoas de renda média para baixo, sendo este financiado por contribuições compulsórias a Previdência Social, por meio de um fundo administrado pelo Estado, bem como fontes de receitas tributárias referente ao orçamento da Seguridade Social, com a

²⁸⁴ BRASIL, Lei nº 8080/1990, de 19 de setembro de 1990. *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 01.05.2011.

²⁸⁵ BRASIL, Lei nº 8142/1990, de 28 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso em: 01.05.2011.

²⁸⁶ COHN Amélia. ELIAS Paulo Eduardo M. *Op. Cit.* p.51-53.

Contribuição Provisória sobre Financiamento da Seguridade – CONFINS, Contribuição Sobre o Lucro Líquido das Empresas – CSLL²⁸⁷.

Já a prestação privada de serviços e seguros privados, tem como público alvo a parte da população com maior poder aquisitivo, que respondem por cerca de 25% da população brasileira, e em sua grande maioria nas regiões Sul e Sudeste. O segmento não lucrativo é composto por instituições filantrópicas como Santas Casas de Misericórdia, vinculadas ao SUS para prestar serviços públicos à população. O segmento lucrativo não possui qualquer vínculo com o SUS, geralmente são pessoas jurídicas em sociedade limitadas ou anônimas como atividade empresarial, objetivando remuneração do capital investido, financiadas por meio de pré-pagamentos, e suas modalidades são: a) medicina de grupo; b) cooperativas médicas; c) autogestão; d) planos de administração; e) seguros saúde²⁸⁸.

No campo do Legislativo podemos citar duas leis como importantes avanços no campo da proteção eficaz da saúde.

Primeiro, a Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996²⁸⁹, que assegura a todas as pessoas portadoras da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA (AIDS – Acquired Immunodeficiency Syndrome), causado pelo vírus da imunodeficiência humana – HIV, o recebimento por parte do Estado Brasileiro medicamentos que combatem a reprodução do vírus, assegurando assim uma melhor qualidade de vida e sobrevivência dos pacientes. Não se esquecendo da política de distribuição de camisinhas gratuitas à população como medida preventiva²⁹⁰ no combate a esta doença pelo Ministério da Saúde – no campo do Executivo.

Segunda melhoria temos a Lei nº 9.787²⁹¹ de 10 de fevereiro de 1999 (Regulamentada pelo Decreto nº 3.181/99²⁹²), que estabelece o que é medicamento genérico e dispõe sobre a

²⁸⁷ COHN Amélia. ELIAS Paulo Eduardo M. *Op. Cit.* p. 69-70.

²⁸⁸ COHN Amélia. ELIAS Paulo Eduardo M. *Idem.* p.72.

²⁸⁹ BRASIL, Lei nº 9313/1996, de 13 de novembro de 1996. *Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9313.htm>. Acesso em 02.05.2011.

²⁹⁰ “O Ministério da Saúde vai distribuir no carnaval 84 milhões de camisinhas – 26 milhões a mais que em 2010. Segundo o ministro Alexandre Padilha, boa parte dos preservativos foi fabricada em Xapuri, no Acre. Ele disse que o material que será distribuído é cinco vezes mais resistente que as demais camisinhas. A campanha nacional contra a AIDS no carnaval foi lançada sexta (25) pelo ministério, no Rio, e tem como foco garotas de 15 a 24 anos, faixa etária em que a incidência da doença tem crescido nos últimos anos”. LETA, Thamine. **Ministério da Saúde vai distribuir 84 milhões de camisinhas até o carnaval.** Disponível em <<http://g1.globo.com/carnaval/2011/noticia/2011/02/ministerio-da-saude-vai-distribuir-84-milhoes-de-camisinha-s-ate-o-carnaval.html>>. Acesso em 01.05.2011.

²⁹¹ BRASIL, Lei nº 9787/199, de 10 de fevereiro de 1999. *Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9787.htm>. Acesso em 02.05.2011.

utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos, sob a fiscalização da Vigilância Sanitária, que define como conceito de medicamento genérico aquele que é cópia do produto de referência, que será comercializado pelo nome da substância ativa, sem divulgação da marca comercial, isto só ocorrerá, após o vencimento da patente registrada, o que garante o retorno do investimento efetuado na pesquisa pelo fabricante original, atendendo desta forma o interesse da indústria bem como do consumidor de baixa renda, na aquisição de remédios com a mesma eficácia e com menor valor no mercado, tendo em vista o aumento a concorrência entre os fabricantes com o nome genérico.

O Sistema de saúde brasileiro bem como, os indicadores de saúde acima referenciados, refletem ainda uma baixa eficácia e alcance do acesso à saúde, contudo, visualiza-se uma melhoria que vem ocorrendo gradativamente ao longo dos anos. Apesar disso, o acesso à saúde, seja de forma individual ou coletiva é na maioria das vezes urgente e indispensável, sob pena de perda do seu objeto, seja a vida ou diminuição irretroativa da qualidade de vida do paciente, o que enseja o ajuizamento de ações para evitar tais fatos, consoante veremos a seguir no próximo tópico.

3. O acesso a Justiça como um Direito Constitucional.

O direito de acesso a Justiça é na Constituição Brasileira considerado como um direito fundamental, previsto no Título II, dos direitos e garantias fundamentais, capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, conforme previsto no art. 5º, XXXV, *in verbis*: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Acerca do tema “acesso a Justiça” podemos colacionar dos tipos de acesso, consoante a doutrina: o primeiro diz respeito ao acesso à Justiça material, e, o segundo, com referência ao acesso à Justiça Formal. No aspecto material, podemos dizer que constitui o verdadeiro objetivo a ser alcançado pelo Direito, caracterizado pelo alcance do indivíduo à exata solução de um litígio social intersubjetivo, assegurando o equilíbrio e igualdade, traduzindo-se na Justiça-valor. Enquanto que no segundo caso, Justiça formal, considera-se a probabilidade efetiva de um indivíduo conseguir restaurar um direito infringido perante o Estado, por meio

²⁹² BRASIL, Decreto nº 3181/1999, de 23 de setembro 1999. *Regulamenta a Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3181.htm>. Acesso em 02.05.2011.

da estrutura competente deste, a fim da resolução das disputas que germinam no seio da sociedade, manifestando-se como Justiça Instituição. Com a síntese da justiça-valor (material) mais a justiça-instituição (formal) alcançamos o verdadeiro conceito de Acesso à Justiça, pois esta somente ocorre quando é garantido e implementado ao indivíduo de forma plena, não apenas com a possibilidade deste comparecer junto à organização burocrática do Estado Jurisdicional, e assim, pleitear a resolução de sua desavença judicial, mas sobretudo, assegurando esta, de modo a resolvê-la com uma decisão justa e compatível com as leis no ordenamento jurídico em tempo breve²⁹³.

Da mesma forma, somente com a efetividade prática da garantia de acesso ao Poder Judiciário, não só pela instituição de vários órgãos judiciais em diversos locais para a população, como também na criação de processos adequados à proteção dos direitos assegurados aos cidadãos, produzindo mecanismos especiais para facilitar este direito, por meio de prestações positivas, tais como, patrocínio (defensorias públicas) e apoio judiciário com a dispensa do pagamento de custas no processo, tudo isto a fim de impedir a negação da Justiça, por motivos de ordem econômica do titular do direito, no caso, o cidadão em situação de miséria²⁹⁴.

O direito de tutela jurisdicional advém do “*due process*”, como um direito de defesa do indivíduo em face do Estado, possuindo nos textos Constitucionais de diversos países uma dupla dimensão: 1) com um direito de utilizar o Poder Judiciário contra atos do Poder Público na defesa do cidadão; 2) como dever e obrigação do Estado em proteger o particular por meio da função Jurisdicional a fim de assegurar a proteção dos direitos deste contra atos de terceiros. Tais dimensões constituem o conteúdo essencial do direito de acesso aos tribunais, ou a garantia da proteção jurídica através dos tribunais. Este direito, consubstanciado no acesso ao poder judiciário, assume diversas naturezas, tais como, garantia institucional, sendo o Estado detentor: a) do monopólio da coação física legítima, b) da manutenção da paz jurídica; e c) proibição de autodefesa, apenas em casos excepcionais). Tendo a proteção jurisdicional adequada baseada no: a) direito a uma decisão fundamentada no direito; b) direito ao processo: b1) proibição de condições supérfluas processuais, a fim de impedir o acesso a Justiça; b2) a fixação obrigatória dos requisitos e pressupostos processuais da ação e

²⁹³ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. *O Acesso à Justiça e Autonomia Financeira do Poder Judiciário: A Quarta Onda?* Curitiba: Juruá, 2006. p.54 e p.95.

²⁹⁴ SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. *Ibid, ibidem*.

dos recursos; e b3) correção de atos processuais irregulares como exigência do direito a tutela jurisdicional²⁹⁵.

A duração temporalmente adequada da proteção jurídica via judicial, assegurando o direito à execução das decisões do Poder Judiciário, tudo isto, consolidado também numa dimensão de natureza prestacional, com a obrigatoriedade de criação e manutenção de órgãos judiciais a fim de evitar à denegação do acesso a tutela da Justiça em iguais oportunidades a todos na sociedade²⁹⁶. Esta duração razoável do processo também está assegurada na Constituição da República Federativa do Brasil, prevista no art. 5º, inciso LXXVIII²⁹⁷, possuindo natureza jurídica de um direito fundamental individual indisponível e de obrigatoriedade direta ao Poder Judiciário, detentor da atividade jurisdicional.

Na CF/88 além do princípio do acesso a justiça, *supra* referido, reconhece-se como garantia fundamental deste, o princípio do juiz natural, tendo em vista a garantia de proibir, no regime democrático brasileiro, o juízo ou tribunal de exceção conforme mesmo artigo 5º, no inciso XXXVII²⁹⁸, além de outras garantias, bem como normas de organização e competência do Poder Judiciário, previstas na Carta Magna Brasileira.

A simples ideia de abertura a todo ao Poder Judiciário já se encontra superada, inclusive, também, o reconhecimento de que o acesso a Justiça, uma vez que esta, não esteja com consciência de sua parte para a criação do Estado Constitucional com a implementação do Estado Social não advém do que prescreve a Constituição. Uma vez que, todo magistrado brasileiro carrega o cargo e o dever de realizar a Justiça Constitucional²⁹⁹. Por fim, reconhece-se que nos últimos anos, o Poder Judiciário vem atuando como interpretador qualificado da Carta Magna e das leis, isto é, vem desempenhando com maior destaque esta interpretação constitucional, em face aos outros poderes, do que de forma tradicional lhe cabia. Tal fato se deve, pela positivação de regras que consagram a aplicação imediata dos direitos e garantias

²⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Op. Cit.* p.496-501

²⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Idem.* p.501.

²⁹⁷ “LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). BRASIL, Constituição (1988), promulgada em 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em 01.05.2011.

²⁹⁸ “XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção.” BRASIL, Constituição (1988), promulgada em 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em 01.05.2011.

²⁹⁹ TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.* p.725-726.

fundamentais definidos, servindo isto, como base e fundamento para a ampliação de seus poderes³⁰⁰.

Deste modo, iremos a seguir tratar das decisões judiciais acerca do direito fundamental social à saúde, da forma como o paciente-autor recebe a proteção Constitucional, conforme as decisões judiciais, nos casos em que comprovarem, a omissão ou má prestação de serviços ou políticas públicas que garantam e conservem a saúde da população.

3.1 Jurisprudências Brasileiras acerca do Direito Fundamental Social à Saúde.

Há um grande número de ações sobre saúde tramitando no Brasil, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça³⁰¹ há (26.04.2011) 240.980³⁰² (Duzentos e Quarenta Mil e Novecentos e Oitenta) processos, (falta acrescentar informações de três tribunais de Justiça: Paraíba, Pernambuco e Amazonas), sendo que este número aumenta a cada dia, só no Estado do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça - TJRS concentra quase 50% de todas as ações do país, 113.953, no Estado de São Paulo possui 44.690 ações e no Estado de Minas Gerais - TJMG com a menor quantidade de ações 7.915.

Pra se ter uma noção, os gastos do Ministério da Saúde utilizados para cumprimento de decisões judiciais, *in casu*, fornecimento de medicamentos de alto custo apenas pela União, levando em consideração como referencial o ano de 2005 (R\$ 2,24 milhões de Reais) e comparando-o com o ano de 2010 (R\$ 132,58 milhões de Reais), verifica-se claramente um aumento considerável nestas despesas, um incremento de mais de 5.000% nos últimos seis anos³⁰³.

³⁰⁰ BARROSO, Luiz Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.289.

³⁰¹ “O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. O CNJ foi instituído em obediência ao determinado na Constituição Federal, nos termos do art. 103-B. Criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, o CNJ é um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça”, dentre outras. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>. Acesso em 01.05.2011.

³⁰² CAVALCANTI, Hylda. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em 05.05.2011.

³⁰³ ESTADÃO. **Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos**. Disponível em: <<http://www.radio90fm.com.br/noticias/?id=10864>>. Acesso em 01.05.2011.

A despeito da grande quantidade de ações sobre saúde no Brasil, retiramos duas conclusões: 1ª – de que os cidadãos estão mais cientes e ativos sobre seu direito subjetivo fundamental de acesso à saúde utilizando a via judicial para garantir sua promoção fática constitucional; e 2ª – demonstra que o Estado não vem cumprindo com o dever e com a obrigação de assegurar de forma plena o direito de acesso à saúde aos cidadãos, seja por políticas públicas (em linhas gerais), e também, por uma ineficaz rede de prestação de serviços de péssima qualidade no setor da saúde pública no Brasil.

Consequentemente vimos colacionar algumas decisões que consideramos importantes acerca da efetividade do direito à saúde pelo Poder Judiciário, a serem dividas por assunto e por tribunal prolator do comando-decisão.

3.2 Entendimento da natureza obrigacional do Estado para a efetivação do Direito Fundamental à Saúde perante o Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3.2.1. Com relação a medicamentos.

Consultando decisões do Superior Tribunal de Justiça - STJ³⁰⁴, pudemos constatar atuação mais efetiva dos membros deste tribunal superior que em alguns casos é a última instância. Quanto à efetivação do direito fundamental social à saúde, em pesquisa em site institucional encontramos várias decisões o que traduz numa grande atuação e experiência por parte deste colendo tribunal, acerca do tema do presente estudo.

Convém destacar apenas as decisões mais pertinentes ao tema, como a que segue *infra*:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA – (...) 5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de

³⁰⁴ “Criado pela Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado de Direito. O STJ é a última instância da Justiça brasileira para as causas infraconstitucionais, não relacionadas diretamente à Constituição. Como órgão de convergência da Justiça comum, aprecia causas oriundas de todo o território nacional, em todas as vertentes jurisdicionais não-especializadas”, dentre outras. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=293>. Acesso em 01.05.2011.

forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: **decidir pela preservação da vida**³⁰⁵ (Grifo nosso).

Outra decisão é a do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 690.483-SC, que confirmou o entendimento de que:

como bem assentado na Constituição da República (art. 196), o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”. E ainda: “A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196)”. Daí, a seguinte conclusão: “**é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas**, em especial, as mais graves”³⁰⁶ (Grifo nosso).

Distinta decisão, com vista a fornecimento de medicamento (Hormônio de Crescimento Recombinante – TTO) a criança com grave moléstia, por parte do Estado do Rio Grande do Sul – RS, com base nos (art. 7º c/c os art. 98, I e 101, V do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA³⁰⁷) e art. 5º, *caput*, 6º, 196 e 227 da CF/88, conforme ementa:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CASSAÇÃO DE LIMINAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR ILEGITIMIDADE ATIVA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À CRIANÇA HIPOSSUFICIENTE, PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE.

³⁰⁵ Decidiu o STJ provendo o recurso ordinário para o fim de compelir o ente público, no caso, Estado do Paraná a fornecer o medicamento riluzol (rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 1999/0083884-0. Relator Ministro José Delgado, Brasília, Data do julgamento 22/08/2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=objetivando+o+fornecimento+de+medicamento+%28RILUZOL%2FRILUTEK%29+&b=ACOR%3E>. Acesso em 01.02.2011.

³⁰⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2004/0138058-9. Rel. Ministro José Delgado. Brasília. Data do Julgamento 19/04/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=o+direito+p%FAblico+subjetivo+%E0+sa%FAde+re+presenta+prerrogativa+jur%EDdica+indispon%EDvel+assegurada+%E0+generalidade+das+pessoas&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2%3E>>. Acesso em 01.02.2011

³⁰⁷ “art. 7º **A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência**”; “art. 98, As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado.(...)” e art. 101, V, “ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: (...) V - **requisição de tratamento médico**, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial”. BRASIL, Lei nº 8069/1990, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 02.05.2011.

DEVER CONSTITUCIONAL. ART. 7º, C/C OS ARTS. 98, I, E 101, V, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ARTS. 5º, CAPUT, 6º, 196 E 227, DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF³⁰⁸.

Bem como o Agravo de Instrumento nº 1.366.088 – PR, cuja ementa abaixo, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA ACERCA DA EFICÁCIA DO TRATAMENTO. CABIMENTO DO MANDAMUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS À SOBREVIDA DO PACIENTE. DIREITO À SAÚDE. ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEVER DO ESTADO. FORNECIMENTO GRATUITO DOS MEDICAMENTOS INTERFERON PEGUILADO 80 MG E RIBAVARINA 250 MG PARA O TRATAMENTO DE HEPATITE C. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO³⁰⁹.

Sendo que no caso acima referenciado, fora garantido o acesso aos medicamentos pleiteados, pois restou configurado a necessidade destes para garantir a sobrevivida do paciente-autor, por ficar comprovada como legítima a pretensão deste, uma vez que é constitucionalmente garantido o direito à saúde, e em última instância à vida, pois este é direito de todos e dever do Estado.

3.2.2. Decisões inovadoras acerca do acesso à saúde.

Abaixo citaremos entendimentos inovadores, tentando agrupá-los de modo a evitar repetições desnecessárias, conforme, Recurso Especial nº 442.693, contra acórdão que negou liminar nos autos de ação de aplicação de medida sócio protetiva ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em favor de menor, de 09 anos de idade, à época, **com o objetivo de que fosse garantido tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico do menor**, (grifo nosso), a cargo do Município recorrido, o qual restou ao final, a obrigar este ente da federação a dá continuidade no tratamento médico-psiquiátrico ou psicológico, com

³⁰⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 2004/0096749-5. Rel. Min. José Delgado, Brasília. Data do julgamento 28/09/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=502416&sReg=200400967495&sData=20041108&formato=HTML>. Acesso em 01.02.2011.

³⁰⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Agravo de Instrumento nº 2010/0194709-0. Rel. Ministro Hamilton Cavahido. Brasília. Data do Julgamento 15.12.2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=13447199&formato=PDF>>. Acesso em 01.02.2011.

base no art. 196 e 227 da CF/88 e art. 7º c/c os arts. 98, I e 101, V do Estatuto da Criança e do Adolescente³¹⁰.

Há também no REsp nº 681.012/RS, decisão em deferiu o pedido de **fornecimento de pilhas para o funcionamento de aparelhos auditivos em favor de menor**, (grifo nosso) considerando a saúde como um direito individual e indisponível e responsabilidade do Estado com fulcro, nos art. 227 e 127 da CF/88, além dos arts. 7.º, 200, e 201 da lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)³¹¹.

Ainda acerca da saúde de criança com problema auditivo, temos uma decisão referente à locomoção para tratamento médico, nos temos do Recurso Especial nº 710.594, cuja ementa segue:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **FORNECIMENTO DE PASSAGENS RODOVIÁRIAS E CUSTEIO DE VIAGEM PARA INDISPENSÁVEL TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM FAVOR DE MENOR ACOMETIDO DE PROBLEMAS AUDITIVOS. SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227³¹² DA CF/88. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, E 201 DA LEI N.º 8.069/90³¹³. (Grifo nosso).**

Ainda também, acerca da legitimidade do Ministério Público em agir no interesse e defesa do direito social à saúde, podemos ver as seguintes decisões conforme, EDcl no REsp nº 662.033³¹⁴ e REsp nº 716.512³¹⁵, (EResp nº 734.493, EResp nº 715.266, EResp nº

³¹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 2002/0071199-4. Rel. Ministro José Delgado, Brasília. Data do Julgamento 21.09.2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=512715&sReg=200200711994&sData=20021021&sTipo=5&formato=HTML>. Acesso em 01.05.2011.

³¹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 2004/0118929-9. Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília. Data do Julgamento 06/10/2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=585542&sReg=200401189299&sData=20051024&formato=HTML>. Acesso em 01.05.2011.

³¹² art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**”. BRASIL, Constituição (1988), promulgada em 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em 01.05.2011.

³¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 2004/0177335-4. Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília. Data de Julgamento 02.02.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2239312&sReg=200401773354&sData=20060220&sTipo=5&formato=HTML>. Acesso em 02.05.2011.

³¹⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Embargos de declaração em Recurso Especial nº 2004/0096749-5. Rel. Ministro José Delgado, Brasília. Data do Julgamento 19.04.2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br>>

737.958, REsp nº 82664, REsp nº 856.194)³¹⁶ entre outros, também pelo Superior Tribunal de Justiça.

Destacamos a seguinte decisão, REsp nº 575.998³¹⁷, sobre a prestação de serviço de coleta de lixo, como meio de prevenir doenças, **onde fica evidente que a o serviço de coleta de lixo é imprescindível à manutenção da saúde pública**, devendo, portanto, ensejar a este serviço o princípio da continuidade, uma vez que sua interrupção ou prestação descontinuada, afronta os limites legais (os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89³¹⁸), bem como a cláusula pétrea do respeito à dignidade da pessoa humana, por ser indispensável à vida em comunidade (grifo nosso).

3.3 Posicionamentos Jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal – STF acerca da obrigação do Poder Público efetivar o direito fundamental à saúde.

No site do Supremo Tribunal Federal³¹⁹ encontramos diversas decisões pelo que devemos destacar no controle de constitucionalidade realizado em sua esfera de competência

/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=542201&sReg=200400967495&sData=20050613&formato=HTML>. Acesso em 02.05.2011.

³¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 2005/0004911-6. Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília. Data de Julgamento 03.11.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=590684&sReg=200500049116&sData=20051114&formato=HTML>. Acesso em 02.05.2011.

³¹⁶ Várias decisões neste sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=REsp+716512&b=ACOR>. Acesso em 02.05.2011.

³¹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 2003/0135074-8. Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília. Data do Julgamento 07.10.2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=504908&sReg=200301350748&sData=20041116&formato=HTML>. Acesso em 02.05.2011.

³¹⁸ A nota se faz presente, pois, na Lei nº 7783/89, prevê em seus artigos 10 e 11 respectivamente: “Art. 10 **São considerados serviços ou atividades essenciais: (...) VI - captação e tratamento de esgoto e lixo (...)**”, e, “art. 11 **Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população**”. BRASIL, Lei nº 7783/1989, de 28 de junho de 1989. *Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em 02.05.2011.

³¹⁹ O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição Federal. O Presidente é também o Presidente do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, inciso I, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 61/2009). O Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, que entre suas principais atribuições está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental

como parte do Poder judiciário, separamos, também de acordo com o objeto e conteúdo alguns julgamentos.

3.3.1. Com relação a medicamentos.

O Supremo Tribunal Federal, entende que o direito à saúde por ser fundamental assiste a todas as pessoas, sendo indissociável do direito à vida, o que obriga ao Poder Público em qualquer esfera da organização federativa do Brasil não pode ser mostrar-se apático aos problemas de saúde do povo, sob pena de ocasionar injusta omissão claramente inconstitucional, reconhecendo o direito dos pacientes portadores da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – SIDA³²⁰, de terem acesso a medicamentos necessários em sua terapia conforme:

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.³²¹

O STF compreende que o Estado do Paraná tem a obrigação de fornecer em caráter gratuito a um paciente que necessitava de medicamento para o tratamento de tumor carcinóide de fígado, com fundamento no art. 196 da CF/88, pois entende que o referenciado artigo, vem a estabelecer o dever do Estado de assegurar prestação de assistência à saúde com igualitário e universal acesso aos cidadãos por meio de serviços e ações com vista à promoção, cobertura e recuperação deste direito, por estar assegurado na Carta Maior não pode padecer de

decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro dentre outras. BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em 01.05.2011.

³²⁰ Outros acórdãos nos mesmo sentido: RE nº 247120, RE nº 248778, RE nº 248326, RE nº 264269 e RE nº 242.859. BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+242859.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+242859.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 01.05.2011.

³²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Recurso Extraordinário nº 271.286. Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília. Data do julgamento 12.9.2000. Disponível no site: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=226&dataPublicacaoDj=24/11/2000&incidente=3542020&codCapitulo=5&numMateria=37&codMateria=3>>. Acesso em 02.05.2011.

embaraços que reduzam ou dificultem o acesso a este, por condutas dos administradores público³²² à população.

Outro importante julgamento do Tribunal Constitucional deixou claro a incumbência do Estado, como gênero (União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios), em realizar aquisição e fornecimento de medicamento para tratamento de doença rara, a fim de proporcionar condições que tornem possível a melhoria da saúde de criança ou adolescente, ou seja, o Sistema Único de Saúde – SUS é responsável diretamente, o que acaba por atingir igualmente todos os entes da federação no cumprimento de sua obrigação para fins de saúde pública³²³, a que se propõe este sistema.

3.3.2. Legitimidade do Ministério Público para a defesa do direito fundamental social à saúde.

O STF perfilha também, e não poderia ser diferente, a legitimidade do Ministério Público para ingressar em juízo com ação civil pública com intuito de obrigar o Estado a providenciar medicamento indispensável à saúde do indivíduo³²⁴.

Reconhecendo igualmente, por exclusão, a legitimidade ativa do Ministério Público para internação compulsória via judicial de pessoa vítima de alcoolismo, somente poderá ocorrer nas cidades em que não houver Defensoria Pública organizada³²⁵, dentre outras decisões.

³²²

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Recurso Extraordinário nº 342.413. Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília. Data de julgamento 14.10.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+271.286++AgR%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 01.05.2011.

³²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Recurso Extraordinário nº 195.192. Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília. Data do julgamento 22.02.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+195192.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+195192.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01.05.2011.

³²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Recurso Extraordinário nº 407.902. Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília. Data de Julgamento 26.05.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+407902.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+407902.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01.05.2011.

³²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Recurso Extraordinário nº 496.718. Rel. Ministro Menezes Direito, Brasília. Data de julgamento 31.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+496718.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+496718.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01.05.2011.

3.3.3 Decisões diversas com objetivo de assegurar o acesso à saúde.

Verificamos uma importante decisão que protege diretamente o meio ambiente e por via reflexa na proteção deste bem jurídico, acomete a proteção direta da saúde, consoante a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 101, proposta pelo Presidente da República, com vista à declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, as interpretações, inclusas nestas as que foram acolhidas via judicial, que permitem ou permitiram a importação de quaisquer espécies de pneus usados, em especial os remoldados, ficando ressalvadas as decisões que transitaram em julgado, e, cujo teor e objeto já estejam completamente exauridos na via executiva, pois a referida proibição tem como objetivo tanto a proteção da saúde dos brasileiros (art. 196), como por via direta, o direito nacional a um meio ambiente ecologicamente equilibrado por ser um bem de uso comum da população e essencial a uma excelente e sadia qualidade de vida (art. 225), impondo deste modo a proibição no âmbito nacional da importação de pneus, da qualidade já referenciada³²⁶.

Outra decisão interessante foi numa ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Estado do Rio de Janeiro que rechaçava a Lei nº 3542/2001, que dava desconto na compra de medicamentos por pessoas idosas:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 3.542/2001, do Estado do Rio de Janeiro, **que obrigou farmácias e drogarias a conceder descontos a idosos na compra de medicamentos**. Ausência do *periculum in mora*, tendo em vista que a irreparabilidade dos danos decorrentes da suspensão ou não dos efeitos da lei se dá, de forma irremediável, em prejuízo dos idosos, da sua saúde e da sua própria vida. *periculum in mora* inverso. Relevância, ademais, do disposto no art. 230, *caput* da CF, que atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.³²⁷ (Grifo nosso).

Portanto, o Tribunal Constitucional brasileiro, reconhece das mais variadas formas, a proteção e garantia do direito fundamental social à saúde, como se nota das decisões *supra* referenciadas.

³²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101. Rel. Ministra Cármen Lúcia, Brasília. Data de Julgamento 24.06.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo552.htm#ADPF%20e%20Importa%C3%A7%C3%A3o%20de%20Pneus%20Usados%20-%207>>. Acesso em 01.05.2011.

³²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2435-MC. Rel. Ministra Ellen Gracie. Plenário. Data de julgamento 13.03.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+2435.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+2435.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01.05.2011.

3.3.4 Posicionamento mais atual referente à saúde. Marco jurisprudencial.

No ano de 2009 o plenário do Tribunal Constitucional brasileiro – STF, realizou uma audiência pública³²⁸, convocada pelo então presidente Ministro Gilmar Mendes, relacionada ao direito à saúde no Brasil, discutindo a judicialização da saúde pública, principalmente sobre a viabilidade de judicialmente obrigar o Estado a fornecer medicamentos e tratamentos de alto custo para pessoas portadoras de doenças crônicas. Esta foi a maior audiência já realizada pelo referido tribunal, pois, teve a duração de 6 dias (27, 28 e 29 de abril e 4, 5 e 6 de maio), sendo que foram ouvidos 50 especialistas sobre o assunto, dentre eles: advogados, promotores e procuradores de justiça, defensores públicos, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS.

O resultado desse debate foi percebido no julgamento do plenário do dia 17 de março de 2009, onde foram indeferidos 9 recursos propostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinando ao SUS a providência de medicamentos de alto custo ou tratamentos não ofertados por este sistema a pacientes portadores de doenças graves, que com este entendimento ganharam em última instância o direito de receber os remédios e tratamentos via Poder Judiciário.

Dentre estas decisões, ressaltaremos o caso das Suspensões de Tutelas Antecipadas de nº 175 e nº 178, dado a sua pertinência dentro do presente tema levando em consideração por ser recente tanto pelas peculiaridades do seu caso, bem como dos fundamentos emanados de seu julgamento e de seu abalanzamento prático no presente estudo.

No caso específico o Ministério Público Federal – no Estado do Ceará, ajuizou ação civil pública com pedido de tutela antecipada, em face da União, Estado do Ceará e do Município de Fortaleza, para que uma paciente, portadora da doença neurodegenerativa progressiva (Niemann-Pick Tipo “C”), tivesse acesso ao medicamento Zavesca (Miglustat).

O Juízo de primeira instância, a 7ª vara da seção judiciária do Estado do Ceará extinguiu o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC³²⁹, com

³²⁸ Notícia amplamente divulgada em vários meios de comunicação em rede nacional. BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça – STF. *Audiências públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643>>. Acesso em 01.05.2011.

³²⁹ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) (...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”. BRASIL, Lei nº 5869/1973, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 01.05.2011.

base na ilegitimidade ativa do Ministério Público, pois a paciente já seria maior de idade (18 ou mais), e, também com no fato de que o “*parquet*” Federal não poderia substituir a Defensoria Pública, regularmente ativa naquela cidade. O MP interpôs apelação desta decisão para o Tribunal Regional Federal– TRF da 5ª região, onde sua 1ª Turma reconheceu a legitimidade ativa daquele, e inclusive, deferiu antecipação de tutela para que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza fornecessem a medicação pleiteada pela paciente.

Contra esta decisão a União e o município de Fortaleza ajuizaram pedidos de Suspensão de Tutela Antecipada, STA nº 175 e STA nº 178, respectivamente, sendo que este fora apensado³³⁰ àquele, sendo que a União, defendeu no primeiro, que o fornecimento do medicamento, em razão de seu alto custo mensal, por chegar à quantia de R\$ 52.000,00 trouxe grave lesão à ordem pública, inclusive, pelo fato de que o remédio não consta na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde e nem fora aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, deduzindo ainda, que a contínua e confirmada prestação por parte do STF poderia gerar a possibilidade do “efeito multiplicador” de ações no mesmo sentido e fundamento. Já o município de Fortaleza no STA nº 178, alegou lesão à ordem pública, pela ilegitimidade do MP para propor Ação Civil Pública a fim de atender e defender interesse individual de pessoa com idade superior a 18 anos³³¹.

Em seguida, o Ilustríssimo Senhor Ministro Gilmar Mendes, então presidente do preclaro Supremo Tribunal Federal, passa a decidir em seu voto³³², de onde fazemos algumas notas nos aspectos ao nosso ver mais importantes:

1 – Reconhece que o direito constitucional à saúde, como um direito público subjetivo³³³, passível de prestações positivas do Estado, e, inclusive por via jurisdicional. A

³³⁰ “A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis nos 12.016/2009, 8.437/1992, 9.494/1997 e art. 297 do RI-STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Presidente Gilmar Mendes, Brasília. Data de julgamento 16.06.2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA.%20E%20175.NUME.\)&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA.%20E%20175.NUME.)&base=basePresidencia)>. Acesso em 01.06.2011.

³³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Presidente Gilmar Mendes, Brasília. Data de julgamento 16.06.2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA.%20E%20175.NUME.\)&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA.%20E%20175.NUME.)&base=basePresidencia)>. Acesso em 01.06.2011.

³³² Voto na íntegra: BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Presidente Gilmar Mendes, Brasília. Data de julgamento 16.06.2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA.%20E%20175.NUME.\)&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA.%20E%20175.NUME.)&base=basePresidencia)>. Acesso em 01.06.2011.

judicialização deste direito envolve tanto os operadores do Direito, administradores públicos, profissionais da área de saúde, e, sobretudo a sociedade civil como um todo, tendo deste modo, um forte conflito que envolve os elaboradores e executores das políticas públicas, e os demandantes da medida judicial, pois são obrigados a garantir prestações matéricas das mais diversas naturezas (fornecimento de remédios, suplementos alimentares, próteses e orteses, criação de: leitos hospitalares e vagas de UTIs, efetuação de cirurgias e exames, dentre outros), contrastando com os programas de ação feitos pelo governo, por ser além do previsto em orçamento destinado à saúde no referido exercício legislativo.

2 – A intervenção do Poder Judiciário pode ocorrer não apenas em razão de uma absoluta omissão na política pública destinada ao amparo do direito à saúde, e sim, numa determinação judicial para cumprimento desta já formalizadas, o que afastaria o problema da interferência judicial na discricionariedade dos outros poderes na formulação daquelas. Pois no momento em que o Judiciário concede uma prestação de saúde já inclusa entre as políticas sociais e econômicas direcionadas ao Sistema Único de Saúde, este, estaria tão somente determinando o cumprimento da referida política, e não a criando, sendo nestes casos, evidente a existência do direito público subjetivo a uma determinada política de saúde.

3 – Caso a medida de saúde pleiteada não for acobertada pela política do SUS, o Judiciário deverá imprescindivelmente discernir se aquela decorre: a) de casos de omissão do gestor público de saúde ou do Poder Legislativo; b) de ato administrativo em que decide não fornecê-la; e, c) de uma negativa por imposição legal a sua concessão.

4 – Ocorre que, na maioria dos casos, busca-se a tutela judicial para fins de condenar o Estado ao fornecimento de prestação de saúde não regulado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, tendo em vista ser proibido ao Estado, fornecer fármaco que não tenha registro neste órgão, pois o registro é uma garantia de saúde pública, consoante lembrado pelo Ministério Público Federal, sendo que, antes de se realizar o registro é necessário e obrigatório em virtude da Lei Federal nº 6.360/76 nos arts. 16 e 18, o

³³³ O direito a saúde é estabelecido pelo art. 196 da Constituição Federal como: (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Presidente Gilmar Mendes, Brasília. Data de julgamento 16.06.2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA.%20E%20175.NUME.\)&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA.%20E%20175.NUME.)&base=basePresidencia)>. Acesso em 01.06.2011.

reconhecimento de sua segurança e eficácia, e nos casos de medicamento estrangeiro a comprovação de registro válido no país de origem, respectivamente.

5 – Para incorporação de um medicamento ao SUS deve-se atender os seguintes motivos: primeiro, tem-se que este esteja registrado na ANVISA; segundo, é a comprovada existência de motivação para o não fornecimento deste pelo SUS, e uma vez que ambos os motivos estejam atendidos, o medicamento passa a ser fornecido pelo SUS.

6 – Algumas ações busca garantir prestação de medicamentos que o SUS decidiu não financiar pois não há evidências científicas para sua incorporação ao Sistema, o que pode ocorrer 2 hipóteses: 1ª) há tratamento alternativo custeado pelo SUS, mas, não apropriado ao paciente em questão; 2ª) não há nenhum tratamento para específica patologia, bancado pelo SUS. Com base nisso, e na filiação do SUS à corrente da medicina com base em evidências científicas que há os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, que possuem diversos critérios para determinar o diagnóstico de doenças e seus respectivos tratamentos (medicamentos disponíveis, doses destes de acordo com o grau da doença etc.), tudo isto, sendo gerido com base no acesso universal e igualitário, por meio de políticas públicas que devem repartir os escassos recursos com base na mais ampla eficiência.

7 – Por tais motivos, não se pode obrigar o sistema de saúde a financiar qualquer tipo de ação e prestação à saúde, pois acarretaria grave lesão à gestão administrativa do SUS, o que acabaria por prejudicar o atendimento aos segmentos mais necessitados da população, maior usuário do sistema. Por conseguinte, deverá ser privilegiado o tratamento ministrado pelo sistema de saúde, a outro tratamento diverso por escolha do paciente, sempre que não restar comprovada sua eficiência científica, bem como a inexistência de deslize por parte da política pública de saúde em não acolhê-lo. Contudo, há a possibilidade de via judicial ou administrativa, determinar uma maneira diferente de prestação à saúde a ser custeada pelo SUS a determinada pessoa, uma vez que comprove que a maneira tradicional não é eficaz no seu caso, pois os “protocolos do SUS” existentes, não são inquestionáveis.

8 – Já nos casos em que inexista tratamento específico de saúde no SUS, é necessário diferenciar: a) tratamentos experimentais: que são aqueles que sem a comprovação científica de sua eficácia acontecem em laboratórios ou centros de pesquisa médica, regidos por normas referentes à pesquisa médica, o que acaba por não existir obrigação do Estado em fornecê-los, pois as drogas utilizadas nestes locais, não podem ser compradas em nenhum país, sendo seu acesso disponível apenas aos pacientes que participam do seu estudo, inclusive após o seu término; b) novos tratamentos não incorporados pelo SUS: nestes casos, é necessária uma

cautela mais apurada, pois, de um lado na feitura dos protocolos atente-se para uma melhor distribuição dos recursos mais segurança dos pacientes, por outro lado é notório que a aprovação de novos métodos terapêuticos pelo SUS podem ser muito lento, excluindo deste modo o acesso de pessoas que necessitam de tratamento médico já há muito tempo prestado na esfera privada, assim sendo, não se visualiza correto que inexistência de tratamento médico no protocolo clínico do SUS, possa justificar a transgressão ao princípio da integralidade do sistema, para justificar diferenças entre opções estendidas aos usuários da rede pública com as existentes na iniciativa privada, ficando caracterizada a omissão administrativa no tratamento da patologia não coberta pelo SUS, o que poderá ser objeto de postulação ao Poder Judiciário tanto individualmente como de forma coletiva.

9 – Tais considerações devem ser levadas em respeito ao pedido de prestação de acesso à saúde via judicial, sendo imprescindível na instrução processual, assegurar a ampla defesa e o contraditório a fim de contemplar as especificidades do caso concreto, sendo analisado na referida decisão os seguintes aspectos fáticos:

a) a interessada, jovem de 21 anos de idade, e portadora da patologia denominada *Niemann-Pick Tipo C*, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como, “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas”(fl. 29); b) os sintomas da doença se teriam manifestado quando a paciente contava com cinco anos de idade, sob a forma de dificuldades com a marcha, movimentos anormais dos membros, mudanças na fala e ocasional disfagia (fl. 29); c) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do *Zavesca* (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de *Niemann-Pick Tipo C* (fl. 30); d) a família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês; e, e) segundo o acórdão impugnado, há prova pré-constituída de que o medicamento buscado e considerado pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade (fl. 108)³³⁴ (Grifo nosso).

Além do fato que, mesmo que na época do ajuizamento da ação pelo Ministério Público Federal, o medicamento *Zavesca* ainda não se encontrava registrado na ANVISA, no momento da decisão verificou-se que este já estava registrado com o nº 155380002, com validade até 01/2012. E mesmo registrado, por ser de alto custo, ainda não possui previsão de

³³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Presidente Gilmar Mendes, Brasília. Data de julgamento 16.06.2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA.%20E%20175.NUME.\)&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA.%20E%20175.NUME.)&base=basePresidencia)>. Acesso em 01.06.2011.

fornecimento consoante política restrita ao Protocolo e Diretriz Terapêutica do SUS. Enfatiza-se que o alto custo do remédio não é motivo por si só para seu não fornecimento, pois é previsto na Política de Dispensação de Medicamentos Excepcionais a acessibilidade da população acometida por doenças raras a medicamentos e tratamentos disponíveis.

Verificou-se na presente ação, que o deferimento da suspensão pretendida, incidiria o *periculum in mora* inverso, visto que a ausência do medicamento Zavesca resultaria em graves e irreparáveis danos a saúde e a vida da parte Autora, **“Assim, não é possível vislumbrar grave ofensa à ordem, a saúde, a segurança ou a economia pública a ensejar a adoção da medida excepcional de suspensão de tutela antecipada. Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão”**³³⁵ (grifo nosso).

O Supremo Tribunal proferiu a decisão acima no dia 17 de março de 2009, servindo então de nova referência jurisprudencial acerca do tema de efetivação do direito fundamental à saúde, no direito Brasileiro, haja vista que o tema é bastante complexo, dado a diversas situações que surgem constantemente, a depender do caso concreto, o que não se deseja esgotar no presente estudo, mas visualiza-se claramente, certos parâmetros de orientação, que podem ser utilizados em outros casos, conforme acima elencado.

3.4 Decisões (minoritárias) em que negam a natureza obrigacional do Estado para a efetivação do Direito Fundamental à Saúde, via judicial.

Em poucas decisões, reconheceu-se que cabe à Administração fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população, sempre com vistas a garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias, em território nacional, tratando-se de matéria relativa à Política Nacional de Saúde. Contudo, existem algumas decisões em minoria, em que não reconhecem a obrigação do Estado em assegurar a saúde via judicial.

Como uma que considerou determinação *“contra legem”* a que obrigava o Estado brasileiro a fornecer todas as condições para que a agravante/ requerida fizesse cirurgia de elevado custo no exterior, havendo quem a faça no país, pois se entendeu, que tal tipo de procedimento teria potencial de lesionar a saúde pública nacional, com um gasto desnecessário, constituindo-se precedente para um número indefinido de outras situações

³³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Presidente Gilmar Mendes, Brasília. Data de julgamento 16.06.2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA.%20E%20175.NUME.\)&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA.%20E%20175.NUME.)&base=basePresidencia)>. Acesso em 01.06.2011.

semelhantes, conforme o Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2005/0016229-5³³⁶.

E outra do ano de 1994, conforme transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA DE ATO COATOR. O mandado de segurança e o remédio processual adequado para a proteção de direito líquido e certo, demonstrado de plano, mediante prova pré-constituída contra ato abusivo ou ilegal de autoridade pública. O conceito de direito líquido e certo e tipicamente processual e só pode ser reconhecido se os fatos em que se funda puderem ser provados de forma incontestável. Inexistindo o ato abusivo ou ilegal, em concreto, prolanado do agente coator, investido de autoridade pública, e descabida a impetração da segurança. No âmbito do recurso especial e possível a valoração da prova e a avaliação do seu merecimento, ou, em outras palavras, se e suficiente para tornar certa a existência do ato praticado pela autoridade coatora, porquanto, constituem pressupostos da segurança: a) O direito líquido e certo do impetrante; b) O ato abusivo praticado por autoridade pública. Inexiste direito certo se não emanado da lei ou da constituição. Normas meramente programáticas protegem um interesse geral, mas não conferem aos respectivos beneficiários o poder de exigir a sua satisfação antes que o legislador cumpra o dever de complementá-las com a legislação integrativa. No sistema jurídico-constitucional vigente, a nenhum órgão público ou autoridade e conferido o poder de realizar despesas sem a devida previsão orçamentária. Recurso conhecido e provido e cassada a segurança. Decisão por maioria³³⁷.

Tais decisões acima, não refletem o atual entendimento doutrinário e jurisprudência acerca do direito à saúde, pois, a atual posição majoritária, entende ser este direito um dever e obrigação do Poder Público, e, caso não ocorra por atos-prestações ou pela efetividade da política pública de saúde, poderá ser pleiteado pelas vias judiciais, qualquer tipo de prestações matérias de acesso à saúde, seja com o oferecimento de remédios, tratamento médico, tratamento psicológico, próteses, etc., tudo no limite do razoável, levando-se em conta o mínimo existencial que assegure a dignidade da pessoa humana, tudo isto, conforme exposto no presente capítulo, bem como outras decisões juntadas no presente estudo, já referenciadas.

³³⁶BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2005/0016229-5. Rel. Ministro Edson Vidigal, Brasília. Data do julgamento 16.02.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=526183&sReg=200500162295&sData=20050321&formato=PDF>. Acesso em 01.05.2011.

³³⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 1994/0037174-8. Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Brasília. Data do julgamento 27.05.1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=1994_00371748&dt_publicacao=01-07-1996&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 01.05.2011.

4. Breve visão da Saúde em Portugal.

Quanto ao Estado Lusitano, pode-se resumir a evolução histórica da saúde da seguinte forma. No ano de 1911, são construídos diversos hospitais regionais e sub regionais com gestão das Misericórdias, por meio da então recém criada Direcção Geral da Saúde, caracterizando um sistema em que o Estado passa a agir de forma supletiva. Com o advento da Lei nº 2011 de 2 de Abril de 1946, veio organizar na forma da Lei os serviços dos prestadores de cuidados de saúde até então existentes, como Hospitais (gerais e especializados, misericórdias, médico-sociais, Serviços de saúde pública e privado), com a criação de um padrão de organização e a criação de uma hierarquia técnica nos serviços de saúde regionalizados. O Ministério da Saúde é criado em 1958, e logo em seguida no ano de 1963 veio a existir no ordenamento jurídico Português o Estatuto de Saúde e Assistência, e mesmo após a publicação deste diploma legal o Estado ainda continuava a assumir o carácter supletivo, contudo, agindo de forma mais ativa apenas no que se refere à saúde pública³³⁸.

Já no ano de 1982, 18 Administrações Regionais de Saúde – ARS, são criadas e em 1983/84 é aprovado o regulamento dos Centros de Saúde. Em 10 de maio de 1999 são aprovados os Decretos-Lei nº 156 e 157, o primeiro regula e cria o sistema local de saúde e o segundo estabelece o regime de criação, funcionamento e organização dos Centros de Saúde. O Decreto-Lei nº 60/2003, de 1º de Abril³³⁹. Surge o Decreto-Lei nº 88 de 3 de junho de 2005 que revoga o Decreto-Lei nº 60/2003, ripristinando o regime jurídico criado pelo Decreto-Lei nº 157/99, de 10 de Maio, e alterado pelo Decreto-Lei nº 39/2002, de 26 de Fevereiro³⁴⁰.

O Sistema Nacional de Saúde é considerado como “um conjunto ordenado e hierarquizado de instituições e de serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde, funcionando sob a superintendência e tutela do Ministério da Saúde” (Estatuto do SNS 1993)³⁴¹. Com funcionamento e organização descentralizada sujeitas as Regiões de Saúde – Cinco – Região Norte com sede no Porto, Região Centro com sede em Coimbra, Lisboa e Vale do

³³⁸ FREITAS, Mario Morais. *Sistema de Saúde Português*. Disponível em: <http://www.saudepublica.web.pt/01-Administracao/Sistema_saude_pt.htm>. Acesso em 02.06.2011.

³³⁹ FREITAS, Mario Morais. *Ibid, ibidem*. Disponível em: <http://www.saudepublica.web.pt/01-Administracao/Sistema_saude_pt.htm>. Acesso em 02.06.2011.

³⁴⁰ PORTUGAL, Decreto-Lei nº 88/2005, de 3 de Junho. Revoga o Decreto-Lei nº 60/2003, de 1 de Abril, que cria a rede de cuidados de saúde primários e ripristina o Decreto-Lei nº 157/99, de 10 de Maio, que estabelece o regime de criação, organização e funcionamento dos centros de saúde. Disponível em: <<http://www.acss.min-saude.pt/Portals/0/Circulares/DL%2088%20-%2005.pdf>>. Acesso em 02.04.2012.

³⁴¹ BAGANHA, Maria Ioannis. PIRES, Joana Sousa Ribeiro Sónia. *O Sector da Saúde em Portugal: Funcionamento do Sistema e Caracterização Sócio-profissional*. Universidade de Coimbra, 1998. Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/182/182.pdf>>. Acesso em 02.04.2012.

Tejo com sede em Lisboa, Alentejo com sede em Évora e Algarve com sede em Faro, que são responsáveis pelo estabelecimento de contato a nível local e o Ministério da Saúde³⁴².

O financiamento do Sistema Nacional de Saúde em Portugal é misto, com diferentes modelos de pagamento. O SNS é financiado por meio do orçamento do Estado, representando 55,2% dos gastos totais em saúde: “um modelo baseado no seguro social financiado por fundos de saúde de matriz profissional (6% dos gastos totais da saúde para 1996); um modelo baseado no seguro voluntário financiado individualmente (1,4%) e um modelo baseado em pagamentos directos (3,7% para 1996)”³⁴³.

Este sistema misto de financiamento da saúde em Portugal passa por desgaste de ordem financeira, pois:

nos últimos 6 anos. Assim, e de acordo com ex – Ministro da Saúde Correia de Campos (2001) ‘(...) estima-se que o SNS atinja um défice do exercício de 2001 no valor de 186 milhões de contos e um défice acumulado de 417,2 milhões de contos(...) a passagem para o ano de 2002 será agravada com um novo défice de exercício que pode levar o défice acumulado, em finais de 2002, a um valor superior à barreira psicológica dos 550 milhões de contos³⁴⁴.

Com todas estas alterações de políticas e funcionamento da saúde em Portugal, na década de 90 resta-se claramente um melhoramento da saúde com base nos registos da mortalidade infantil e perinatal nos anos de 1993 a 1995, que saiu da última colocação, ocupada então pela Grécia, bem como da expectativa de vida que em 1975 era de 68,9 anos, em 1991 ficou em 73,8 anos e passou em 1998 para 75,2 anos³⁴⁵. Estatística mais recente³⁴⁶.

Com relação aos gastos públicos com saúde, ver-se um aumento constante de 4,3% para 5,1 % no período de 1991 a 1998 (média da União Europeia 5,9% para 6,1%). Já os

³⁴² BAGANHA, Maria Ioannis. PIRES, Joana Sousa Ribeiro Sónia. *Op. Cit.* Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/182/182.pdf>>. Acesso em 02.04.2012.

³⁴³ BAGANHA, Maria Ioannis. PIRES, Joana Sousa Ribeiro Sónia. *Ibid, ibidem.* Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/182/182.pdf>>. Acesso em 02.04.2012.

³⁴⁴ BAGANHA, Maria Ioannis. PIRES, Joana Sousa Ribeiro Sónia. *Ibid, ibidem.* Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/182/182.pdf>>. Acesso em 02.04.2012.

³⁴⁵ BAGANHA, Maria Ioannis. PIRES, Joana Sousa Ribeiro Sónia. *Ibid, ibidem.* Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/182/182.pdf>>. Acesso em 02.04.2012.

³⁴⁶ “Realça-se a nítida descida da taxa de mortalidade infantil ao longo do período 1990-2006. Este indicador voltou a atingir em 2008 o valor mínimo de 3,3 óbitos por mil nados vivos, que já se verificara em 2006, e contrariando o ligeiro aumento verificado em 2007”. PORTUGAL, Instituto Nacional de Estatísticas de Portugal - INE. *Anuário Estatístico de Portugal 2008*. 2009. p. 25. Disponível em: <http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=80161516&PUBLICACOESmodo=2>. Acesso em 02.04.2012.

gastos privados em 1991 ficava na ordem de 2,5% do PIB (Média da União Europeia 1,7% do PIB) e aumentando no ano de 1998 para 2,6% do PIB (PIB da média europeia ficou em 1,8%)³⁴⁷.

Nos ano de 2004 o gasto total em milhões foi na ordem de 144,274,4€. Aumentando gradativamente este valor para em 2007 ter um gasto na função saúde calculado, também em milhões de 159,716,2€, correspondendo respectivamente em 5,8% e 5,6% do PIB de Portugal³⁴⁸.

Deste modo, concebe-se que os indicadores referentes à saúde em Portugal são melhores que no caso Brasileiro, contudo isto não evita tal como neste país a propositura de ações com intuito de obter por via judicial a proteção do direito fundamental à saúde, de acordo como veremos a seguir no próximo tópico.

4.1 Posicionamentos do Estado Português, acerca da obrigação do Poder Público efetivar o direito fundamental social à saúde via judicial.

Existem algumas notícias acerca da obrigatoriedade de cumprimento das decisões judiciais por parte dos administradores públicos portugueses, recentemente, a Ilustríssima Ministra de Saúde Ana Jorge, fora condenada pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra ao pagamento de quase 25 euros por dia, em face do descumprimento de uma decisão judicial proferida em 2007, que busca a redução da comparticipação do medicamento Venex Forte, que é utilizado no tratamento de insuficiência venosa crônica em casos como varizes e problemas circulatórios³⁴⁹.

Ao passo que convém demonstrar outras ações no âmbito do Poder Executivo que busca melhorar e aumentar o alcance dos portugueses, citamos como exemplo, o barateamento de medicamentos, por meio de um acordo entre o Ministério da Saúde e a indústria farmacêutica, sendo que no mês de abril de 2011 o Estado Lusitano realizou uma

³⁴⁷ BAGANHA, Maria Ioannis. PIRES, Joana Sousa Ribeiro Sónia. *Op. Cit.* Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/182/182.pdf>>. Acesso em 02.04.2012.

³⁴⁸ ROSA, Eugénio. *A saúde e os custos da saúde em Portugal*. Disponível em: <http://resistir.info/e_rosa/custos_saude_portugal.html>. Acesso em 05.04.2012.

³⁴⁹ PESO & MEDIDA. *Ministra da saúde condenada a pagar cinco por cento do salário mínimo por dia*. Disponível em: <<http://static.publico.pt/pesoemedia/noticia.aspx?id=1492789&idCanal=91>>. Acesso em 15.05.2011.

despesa de R\$ 110 milhões de euros, conseguindo poupar 9 milhões de euro em face do que gastou no mês de março do corrente ano³⁵⁰.

Logo, por existir um grande número de ações sobre saúde tramitando em Portugal, pretendemos no próximo tópico apresentar rapidamente aquelas mais pertinentes ao presente estudo.

4.1.2 Breve visão acerca da natureza obrigacional do Estado para a efetivação do Direito Fundamental à Saúde perante o Tribunal Constitucional de Portugal - TC.

Em Portugal existe o Tribunal Constitucional³⁵¹, de onde juntamos algumas decisões referentes interpretação do direito fundamental social à saúde previsto na Constituição Portuguesa de 1976³⁵², pois são nas deliberações deste órgão constitucional que se declara constitucionais ou não, determinados direitos, atos, bem como leis infraconstitucionais em conformidade com a carta maior deste país.

Na atividade precípua do TC Lusitano, temos o acórdão nº 39/1984³⁵³, pois a questão de inconstitucionalidade foi suscitada pelo então Presidente da República Sr. António Ramalho Eanes, em seu âmbito, em maio de 1983, com a vigência do art. 106, n. 6 da Lei nº 28/82 (Lei do Tribunal Constitucional), para que declarasse inconstitucional a revogação ocorrida pelo art. 17³⁵⁴ do Decreto-Lei nº 254/82, substituindo o Decreto-Lei nº 488/75, e,

³⁵⁰ DUARTE Catarina. *Despesa com remédios cai 7,7% no primeiro mês do acordo*. Disponível em: <http://economico.sapo.pt/noticias/despesa-com-remedios-cai-77-no-primeiro-mes-do-acordo_117943.html>. Acesso em 15.05.2011.

³⁵¹ “O Tribunal Constitucional (...) é um órgão constitucional *a se*, e, por outro, é um tribunal que apresenta importantes especificidades quanto à sua composição, competência e funcionamento. (...) tem uma posição e uma intervenção específicas no sistema constitucional do poder político: declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas, nomeadamente, das legislativas, o que implica a sua cessação de vigência; competências quanto ao Presidente da República e quanto aos referendos nacionais e locais, e em matéria de partidos políticos, de titulares de cargos políticos e de eleições”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-orgaoconst.html>>. Acesso em 01.05.2011.

³⁵² Direito à saúde previstos nos artigos Art. 52, n. 3, alínea a; art. 59, n. 1, alínea c; art. 60, n. 1; art. 64; art. 165, n. 1, alínea f; art. 207, n. 2. PORTUGAL, Constituição (1976), promulgada em 2 de abril de 1976. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em 11.05.2011.

³⁵³ PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Acórdão nº 39/1984. Rel. Conselheiro Vital Moreira. Data de julgamento 11.04.1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em 10.05.2011.

³⁵⁴ “São revogados o Decreto-Lei n.º 488/75, de 4 de Setembro, e os artigos 18.º, 19.º, 20.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º, 32.º, 33.º, 34.º, 35.º, 36.º, 37.º, 38.º, 39.º, 40.º, 41.º, 42.º, 43.º, 44.º, 45.º, 46.º, 47.º, 48.º, 49.º, 50.º, 51.º, 52.º, 53.º, 54.º, 55.º, 56.º, 57.º, 58.º, 59.º, 60.º, 61.º, 64.º e 65.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Outubro”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Acórdão nº 39/1984. Rel. Conselheiro Vital Moreira. Data de julgamento 11.04.1984. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em 10.05.2011.

revogando vários artigos, sem sequer substituí-los por outros, da Lei nº 56/79 da Assembleia da República que definiu as bases gerais do regime jurídico do Serviço Nacional de Saúde - SNS, o que acabou por inutilizar e extinguir todo este sistema, com previsão constitucional no n. 2 do art. 64 da Constituição da República Portuguesa.

Alegando-se que a extinção do SNS, por constituir matéria de competência exclusiva à Assembleia da República (art. 167, alínea 'c' da CRP), por contemplar direitos fundamentais, consoante sua natureza análoga prevista no art. 17º, e sendo integrante tanto da Parte I que dispõe sobre os direitos e deveres fundamentais como também do título III que prevê direito e deveres económicos e sociais todos também da Carta Maior Lusitana, e, portanto, não poderia ser revogado por meio de diploma legal da natureza jurídica do Decreto-Lei nº 254/82, diploma legislativo do Governo.

Há de ressaltar que a visão do Tribunal Constitucional na época, acerca do direito social à saúde, *in casu*, a criação e regulamentação do Serviço Nacional de Saúde, não pode ser referido como análogo (art. 17 da CRP/76) aos direitos fundamentais previstos nos direitos, liberdades e garantias, sendo estes de competência exclusiva da Assembleia da República, o que por conseguinte não poderia por estes argumentos, ter o art. 17 do Decreto-Lei nº 254/82 infligido a Constituição.

A inconstitucionalidade fora declarado pela ação inconstitucional de extinguir o Serviço Nacional de Saúde, deste modo, a proteção do direito à saúde na Constituição impôs ao Estado Português a constituição do SNS, convertendo numa obrigação de não o extinguir, e o fazendo, como previsto no art. 17 do Decreto-Lei nº 254/82, aquela revogação diretamente afronta a Constituição, concretizando-se de forma clara uma inconstitucionalidade por ação.

Outra decisão importante, temos o caso do acórdão nº 67/2007, que pode ser assim resumido. Um Hospital integrado ao Serviço Nacional de Saúde, realizou uma cobrança de quantia relativa à prestação de cuidados de saúde em desfavor de um paciente que recebeu os aludidos cuidados, em virtude deste não apresentar o cartão de utente (que identifica seu titular perante as instituições do Serviço Nacional de Saúde bem como nas privadas integradas a este) no prazo de 10 dias subsequentes à interpelação para pagamentos dos encargos financeiros realizados na prestação de serviço. O Tribunal declarou como inconstitucional a interpretação da norma no sentido em que obriga o paciente ao pagamento

dos serviços de saúde prestados, quando este não apresenta o cartão utente no prazo acima referenciado³⁵⁵.

Sendo que esta decisão do colegiado é fruto de várias decisões monocráticas no âmbito do TC, como a Decisão Sumária nº 49/2004³⁵⁶, nº 557/2007³⁵⁷ e a nº 274/2008³⁵⁸. Construção jurisprudencial sendo aquela decisão reafirmada no acórdão nº 221/2009³⁵⁹, onde em todas visam reconhecer de forma concreta que o Serviço Nacional de Saúde - SNS como importante componente do direito à proteção à saúde previsto no n. 2, do art. 64 da CRP, consagrado na categoria de direitos sociais no título III também deste diploma legal, por se tratar de uma obrigação constitucional para fins de direção e atendimento à concretização de um direito fundamental³⁶⁰.

Fazemos ainda, remissão mesmo que bastante resumida, a outras decisões do Tribunal Constitucional sobre saúde, tais quais: acórdão nº 24/1983³⁶¹, acórdão nº 209/1987³⁶²,

³⁵⁵ PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Acórdão nº 67/2007. Rel. Conselheira Maria Fernanda Palma. Data de julgamento 30.01.2007. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070067.html>>. Acesso em 01.05.2011.

³⁵⁶ PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Decisão Sumária nº 49/2004. Rel. Conselheira Maria Helena Brito. Data de julgamento 03.02.2004. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20040049.html>>. Acesso em 01.05.2011.

³⁵⁷ PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Decisão Sumária nº 557/2007. Rel. Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Data de julgamento 30.10.2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20070557.html>>. Acesso em 01.05.2011.

³⁵⁸ PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Decisão Sumária nº 274/2008. Rel. Conselheiro Benjamim Rodrigues. Data de julgamento 13.05.2008. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20080274.html>>. Acesso em 01.05.2011.

³⁵⁹ PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Acórdão nº 221/2009. Rel. Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Data de julgamento 05.05.2009. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090221.html>>. Acesso em 11.05.2011.

³⁶⁰ “Concretamente em relação à criação e manutenção de um serviço nacional de saúde, como componente do direito à protecção à saúde, constitucionalmente consagrado (artigo 64º, n.º 2, alínea a)), o Tribunal Constitucional teve já oportunidade de afirmar que se trata aí de uma obrigação constitucional do Estado como meio de realização de um direito fundamental, e não uma vaga e abstracta linha de acção de natureza meramente programática”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Acórdão nº 221/2009. Rel. Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Data de julgamento 05.05.2009. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090221.html>>. Acesso em 11.05.2011.

³⁶¹ “AC 24/83 que declara, em fiscalização abstracta sucessiva, a inconstitucionalidade do estabelecimento de taxas moderadoras sobre o consumo de medicamentos. O AC procede à restrição temporal de efeitos da decisão (que tem 6 votos de vencido, sendo um apenas quanto à restrição de efeitos)”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC. *Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional*. Manágua, Nicarágua - Julho de 2010. Questionário prévio - Respostas Portugal. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero_201007_relatorio.pdf>. Acesso em 10.05.2011.

³⁶² “AC 209/87 (fiscalização abstracta sucessiva) que declara a inconstitucionalidade de portarias do governo regional da Região Autónoma dos Açores relativas a critérios de comparticipação dos utentes no acesso aos cuidados de saúde nos Serviços Médicos da Região Autónoma (com restrição temporal de efeitos)”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC. *Ibid, ibidem*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero_201007_relatorio.pdf>. Acesso em 10.05.2011.

acórdão nº 330/1989³⁶³, acórdão nº 212/1995³⁶⁴, acórdão nº 368/2002³⁶⁵ e acórdão nº 515/2008³⁶⁶.

Tendo em vista a complexidade e particularidade de cada caso em que se busque judicialmente prestação de saúde, sobretudo, pela diferente realidade jurídica e social entre Brasil e Portugal, o presente tópico tem por finalidade apenas uma ligeira e superficial panorama para fins elucidativos, haja vista, que o necessário aprofundamento não se faz oportuno, por ausência de tempos, contudo, podendo servir de tema pra futura pesquisa mais detalhada, ao passo que chegamos à finalização do presente dissertação.

CONCLUSÕES

1. Conclusões gerais.

³⁶³ “AC 330/89 (fiscalização abstracta sucessiva) em que o Tribunal não declarou a inconstitucionalidade de qualquer das normas de diploma relativo à condições de exercício do direito de acesso ao Serviço Nacional de Saúde, designadamente à existência de taxas moderadoras do acesso”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC. *Ibid, ibidem*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero_201007_relatorio.pdf>. Acesso em 10.05.2011.

³⁶⁴ “AC 212/95 (fiscalização concreta) que não julga inconstitucionais as normas relativas a responsabilidade criminal das pessoas colectivas em matéria de infracções designadamente contra a saúde pública”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC. *Ibid, ibidem*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero_201007_relatorio.pdf>. Acesso em 10.05.2011.

³⁶⁵ “AC 368/02 (fiscalização abstracta sucessiva). Neste acórdão, tirado por unanimidade, o Tribunal Constitucional entendeu prevalecer sobre o direito à reserva da vida privada e o direito à protecção dos dados de saúde o direito à protecção da saúde em si mesma, legitimando a obrigação imposta ao trabalhador de se sujeitar aos exames médicos necessários para assegurar que o trabalhador não representa um risco para si próprio e para terceiros”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC. *Ibid, ibidem*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero_201007_relatorio.pdf>. Acesso em 10.05.2011.

³⁶⁶ “AC 515/08 (fiscalização concreta) que julga inconstitucionais normas interpretadas no sentido de que, na determinação da insuficiência económica do requerente do benefício de apoio judiciário, não há lugar à ponderação dos encargos concretamente suportados pelo agregado familiar, designadamente, com despesas de saúde”. PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC. *Ibid, ibidem*. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero_201007_relatorio.pdf>. Acesso em 10.05.2011.

Ao longo da presente dissertação, foram tomadas diversas conclusões, e para não repeti-las de forma demasiada, vimos de forma resumidamente apresentar todas as questões tratadas e suas respectivas lições, a ser exposto em forma de parágrafos numerados, a seguir delineados:

1. O conceito de direito fundamental do homem, independentemente do vocábulo utilizado, expressam primeiramente, liberdades individuais, com ligação intrínseca a dignidade da pessoa humana, consoante sua primeira manifestação na Declaração francesa dos Direitos do Homem de 1789. Atualmente, está positivada nas Constituições de forma material e formal, podendo tais normas constitucionais, assumirem posições como regras ou como princípios, que visam assegurar liberdades positivas, a fim de melhorar as condições de vida dos hipossuficientes, e, inclusive, no caso dos direitos fundamentais sociais, buscam garantir igualdade social, conforme previsto no art. 1º, IV da Carta Magna brasileira.

2. Havia na doutrina, a interpretação de que os direitos fundamentais sociais, incluindo o direito à saúde, de que estes constituem normas “not self executing provisions”, ou seja, não auto-aplicáveis, em suma, normas sem eficácia e imperatividade direta e imediata ao Poder Público. Estas normas, assim designadas como “programáticas”, dependia na antiga conceituação, de complementação da atuação do Poder Legislativo, a fim de criar leis, votar orçamentos etc., e, em seguida, pela implementação material, por meio de Políticas Públicas emanadas do Poder Executivo, para fins de sua efetividade no campo social.

3. A fim de combater o entendimento de que as normas de direitos sociais, são concebidas como não auto-executáveis, os doutrinadores brasileiros e estrangeiros teceram várias críticas, dentre os quais podemos destacar que o direito fundamental social à saúde, do ponto de vista objetivo geram os seguintes efeitos, direitos: 1) com a capacidade de revogar, em caso de colisão de atos normativos em sentido contrário anteriores à vigência destes; 2) e nos casos de atos posteriores, vincula a orientação constitucional em caso de concordância, e nos casos de colisões, a inconstitucionalidade.

Além do reconhecimento do aspecto subjetivo dos direitos fundamentais sociais. Pois existe, a possibilidade de interposição de ação pela via judicial para o cumprimento de seus conteúdos, nas seguintes situações de: a) omissões; b) atos positivos contrários ao sentido da norma; c) decisões com direito a prestações aos jurisdicionais, norteadas dentro da essência teleológica ao qual existe, *in casu*, a igualdade social de acesso e a proteção da saúde do cidadão.

4. O direito fundamental social à saúde é considerado como, um direito a prestação em sentido estrito (promocional), uma vez que, exige uma prestação positiva pelo Estado, tendo em vista que o seu uso e gozo depende exclusivamente da eficiente máquina deste, e caso isto não ocorra, por caracterizar-se como um direito subjetivo, poderá ser exigido via judicial.

Consolida-se numa dimensão social do cidadão, a fim de garantir a este, a participação na equitativa distribuição e redistribuição de serviços e bens de saúde. Consolida-se também, como um objetivo a fim de assegurar um mínimo de bem estar digno ao indivíduo, e no caso brasileiro, busca ainda, mais precisamente, a erradicação da pobreza e da marginalização, a fim de reduzir as desigualdades sociais e regionais, para garantir a todos o acesso a uma subsistência digna, por programas e serviços destinados a garantia da saúde, melhorando a qualidade de vida, com vista a uma das parcelas (ficando o restante a cargo de outros direitos fundamentais sociais), da visão de implementação da Justiça Social, prevista na Constituição.

5. O princípio da dignidade da pessoa humana tem como característica, balizar todo o constitucionalismo contemporâneo do século XX, por ser uma norma de interpretação constitucional de integração dos direitos fundamentais, de caráter axiológico e de maior hierarquia na Constituição, e que, conforme os vários valores (universal, espiritual, ético e moral) que possui, repercute em toda ordem jurídica, quer gerando obrigações omissas, de não contrariá-lo, como ativas, a fim de concretizá-lo em sociedade, por parte do Estado, traduzindo numa conquista do homem, pra fins de segurança de seu desenvolvimento pleno.

Tais condutas passam a ser obrigatória por parte do Estado, pois a garantia de existência digna do ser humano constitui fato necessário ao alcance da liberdade individualmente (proteção e garantia da vida e desenvolvimento da personalidade). Esta independência é necessária para que possa buscar em relação a outros cidadãos, a implementação da igualdade, tendo em vista suas necessidades de ordem material, no caso de saúde (acesso igualitário e universal a serviços de promoção de saúde), tudo isto, necessário pra fins de alcançar um Estado de Justiça Social com respeito à dignidade humana.

6. Resta-se claro, que o ente estatal não possui recursos materiais suficientes para garantir todos os direitos fundamentais sociais. A garantia destes direitos se fundamenta no princípio da dignidade da pessoa humana, desta forma, a fim de assegurar uma existência digna, surge o conceito do mínimo existencial, que deriva do entendimento de que o Estado é obrigado a garantir um mínimo de dignidade ao ser humano, por meio de políticas, ações e omissões, que estão intimamente, ligados aos direitos fundamentais sociais.

7. A Constituição deve ser entendida e compreendida a fim de tornar-se efetiva e eficaz, isto é, de não se tornar mero discurso de texto, tal entendimento decorre do princípio da máxima eficácia da constituição, de modo que a interpretação das normas contidas nesta, deverá ser atribuído o sentido que alcance a maior efetividade e eficácia possível, sempre levando em consideração a supremacia das normas constitucionais em face das infraconstitucionais.

8. A teoria da efetividade das normas constitucionais, diz que nos casos em que a Constituição crie direitos subjetivos relativos a conteúdo de natureza políticas, individuais, sociais ou difusas, estes deverão ser exigíveis de forma imediata e direta em face do Estado ou particular, por meio de quaisquer tipos de ações previstas no ordenamento jurídico.

Esta teoria conseguiu modificar três paradigmas da antiga concepção do direito constitucional brasileiro: a) jurídico, entendendo que a Constituição já tem normatividade suficiente, e por isto, constitui fonte de obrigações e direitos, independente de atividade legislativa posterior; b) científico (dogmático), caracterizado pela autonomia e reconhecimento de seu objeto de estudo, definido como livre da intervenção política e sociológica; e, c) institucional, tendo em vista a precípua função que o Poder Judiciário alcançou consagrando atualmente o direito constitucional. Tudo isto, sendo fruto do resultado das necessidades históricas nacionais.

9. O direito à saúde decorre de primeiramente do direito à vida, que está previsto no *caput* do art. 5º da CF/88, a doutrina concebe-o como a reunião de elementos que de forma integrados (físicos, psíquicos e espirituais) garante ao ser humano dignidade, privacidade, integridade físico-corporal e moral, ou seja, num direito de estar vivo, lutar pela vida, defendê-la bem como mantê-la.

Dessa forma, o direito à saúde se assume na obrigação por parte do Poder Público na manutenção e proteção do direito a vida, em face de fatos inoportunos e impróprios, que visem a um arrefecimento deste direito, que se materializa na ordem jurídica, por meio de tratamentos às doenças humanas, acesso a medicamentos, cirurgias, programas preventivos etc., tudo isto, de acordo com a atual prática médica, de forma que o cidadão possa ter acessibilidade a estes de forma digna, independente de sua condição econômica e social.

O direito fundamental social à saúde, consolida-se, portanto, como um direito subjetivo e indisponível, de aplicabilidade imediata e direta ao Poder Público, onde este, possui a obrigação de garantir pelo menos um mínimo de saúde, que garanta e atenda ao princípio da dignidade do ser humano, e, caso o Estado não o positive (políticas públicas –

Executivo e orçamento e leis – Legislativo), poderá seu titular, buscar sua promoção por meio de ações no Poder Judiciário.

10. A efetividade do direito fundamental social à saúde, pelo Poder Judiciário não é absoluta, temos como exemplo, de sua impossibilidade, no momento em que se pleiteie pedidos gerais e abstratos, a fim de criar políticas públicas a fim de atender a sociedade, tendo em vista, que esta deverá sempre ter em consideração a existência ou não de recursos materiais para sua implementação, uma vez que, outros serviços e direitos sociais, econômicos e culturais poderão ser penalizados, pela ausência de recursos financeiros, se forem criadas judicialmente.

Ademais, há possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na feitura das políticas públicas, com base: a) no direito fundamental de acesso a via judicial; b) o dever e a obrigação do Poder Público de garantir concretamente o direito ao mínimo vital a fim de garantir a dignidade da pessoa humana; e, c) o cumprimento do princípio da supremacia da constituição, que tem como destinatário o Poder Executivo e Legislativo, submetendo-os ao que prescreve a Carta Maior; d) a competência e função de controle e fiscalização da constitucionalidade de todo ato emanado pelo Poder Público.

O Poder Judiciário, dessa forma, por possui a tarefa de pacificação das relações entre os Poderes do Estado, acaba por representar uma garantia de equilíbrio entre estes. A condição política no Judiciário deverá ser entendida, pela capacidade de realização do controle de constitucionalidade de todos os atos derivados do Estado, e, nos casos de abusos por parte deste, desempenhar o papel de defesa da sociedade, resguardando o direito fundamental social à saúde, consoante previsto na Constituição.

11. O princípio da reserva do possível defende que o Estado só é responsável pela execução de seus serviços e objetivos, somente na medida em que possua recursos financeiros disponíveis para isto, haja vista, sua escassez. Em suma, só há obrigação do Poder Público, para fins de garantia do direito fundamental social à saúde, se houver dinheiro, ou conforme expressão utilizada, “cofres cheios”. Este entendimento acaba por diminuir, e até mesmo extinguindo este direito de fato em sociedade.

Tal concepção está errada pelos seguintes motivos: 1) em virtude de não haver recursos materiais, não dá liberdade ao Estado em executar seus serviços públicos de saúde da forma que lhe convier, uma vez que, este não poderá adotar nenhum tipo de medida que lhe seja, contrária, extintiva, em afronta e inclusive, diferente de sua promoção; 2) o mínimo existencial tem por finalidade diminuir o impacto que a reserva do economicamente possível

atrelou ao direito fundamental à saúde, tendo em vista, a clara e objetiva obrigação do Estado em utilizar os seus recursos a fim de garantir este, com fins de atendimento à dignidade da pessoa humana; 3) a possibilidade de responsabilizar e corrigir o ente Estatal, caso se averigue na utilização de recursos públicos de forma que atenda aos objetivos de saúde, considerados como não prioritários, por desvios ou omissões; e, 4) existe também a obrigação do administrador público em comprovar a inexistência de dinheiro suficiente para a realização do direito à saúde, em toda sua plenitude, certificando de sua aplicação obrigatória, do que houver, para atender ao mínimo existencial digno.

Deve-se, deste modo, conceber o princípio da reserva do possível, como um limite de atuação do Poder Público, para que este aja na aplicação das finanças públicas conforme as prioridades estabelecidas na Constituição, que visem a garantir, em primeiro lugar, um mínimo de condições materiais razoáveis de saúde, acatando a dignidade do ser humano, e, o restante dos recursos, permaneceria a disposição do Estado para utilizá-lo em outros projetos. Percebe-se então, que o direito fundamental social à saúde, em alguns casos, tem mais importância que as razões que o Legislativo utiliza na votação de seu orçamento.

12. Havendo colisão entre o princípio da reserva do possível e entre o direito fundamental social à saúde, o Judiciário possui mecanismos hermenêuticos de cunho constitucional ao seu dispor, a fim de realizar a ponderação e proteção deste direito, em face daquele, quais sejam, os princípios da: a) concordância prática ou harmonização da Constituição; b) proporcionalidade (máxima, critério ou princípio) ou princípio da razoabilidade (que é utilizado por alguns autores como sinônimo); e, c) proibição do retrocesso social.

O princípio da concordância prática ou harmonização das normas constitucionais, diz respeito à existência de um núcleo essencial do direito, que confere a coordenação com o ajuste dos bens postos em conflito, a fim de evitar a extinção de um na sua totalidade em relação ao outro. Portanto, a combinação do direito à saúde a fim de evitar seu esvaziamento deverá ser posto em prática, em detrimento do princípio da reserva do possível, tendo como baliza a guiar na referida conciliação, o princípio da dignidade da pessoa humana, atendendo a um mínimo existencial de saúde.

Existe o princípio, máxima ou critério da proporcionalidade, que é utilizado nos casos de choques de direitos (regras ou princípios) em sentidos antagônicos. O juiz deverá utilizar os parâmetros da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a fim de sopesar o sentido da lei em questão, aplicando os princípios válidos, quando

aplicáveis, ao caso. De forma geral, deverá o juízo, no momento em que houver a colisão do direito fundamental social à saúde, com o princípio da reserva do economicamente possível, ponderar até que ponto o pedido de saúde definido e proposto na ação, atende ao princípio da dignidade da pessoa com garantia do mínimo vital, em oposição à existência de recursos financeiros por parte do Estado, não se esquecendo de analisar no caso concreto os meios adequados, referente ao pedido, a comprovação da necessidade, e, ao final, a proporcionalidade específica, a fim de deferir ou não aquele direito fundamental social, com fulcro no acima exposto.

Com o objetivo de preservar os direitos fundamentais sociais já positivados, por constituir uma realidade na ordem jurídica e no seio da sociedade, surge a cláusula (princípio) de proibição da regressão daquelas normas constitucionais. Esta proteção dar-se-á, por meio de mecanismos jurídicos (proibir disposições legislativas que diminuam direitos adquiridos e inclusive manter) que o constituinte originário prevê, como, limitação: a) no tempo, impossibilidade de reapresentação de projetos; b) material, cláusulas pétreas; e, c) formal, *quorum* diferenciado na votação. Esta garantia tende a blindar os direitos fundamentais sociais, contra qualquer tipo de ameaça ou medidas fáticas (crises econômicas), que tenha intenção de eliminá-los, o que acaba garantindo segurança jurídica aos indivíduos na sociedade. Esta proteção possui respaldo, tanto na garantia do mínimo existencial e na dignidade da pessoa humana que se acopla, nos direitos fundamentais sociais, como na obrigação de cunho Constitucional do Estado Democrático Social de Direito.

13. Tendo em vista que, o direito social à saúde tem por objetivo a promoção de igualdade e liberdade material, visa diminuir as desigualdades existentes em sociedade. Chega-se deste modo, ao entendimento, que a igualdade material buscada pelo direito à saúde, terá maior alcance social, quando sua eficácia e efetividade se consubstanciar, não só na linha vertical da obrigação (Estado-particular), mas também, na ordem privada (horizontal – particular-particular), uma vez que é dever de todos, o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana.

Reconhecemos a eficácia e efetividade do direito à saúde na ordem privada, quando visualizamos a obrigação do Legislativo em regular de forma adequada e ordenada, normas destinadas às situações jurídicas dos particulares, garantindo vida, dignidade, liberdade, integridade pessoal etc. O Judiciário terá utilizá-las para resolver os conflitos que porventura existir no âmbito privado, não se esquecendo, de sempre interpretá-las de acordo com o direito fundamental social à saúde, além de outros conceitos, normas e princípios (boa-fé,

abuso de direito, vida, liberdade, mínimo existencial, dignidade humana etc.) integrando-os ao sentido de saúde, e, caso isto, não seja possível, deixar de utilizá-las tendo em vista a sua inconstitucionalidade, por violação deste direito subjetivo prestacional consoante a Constituição.

Ressalta-se que é preciso ter cuidado, ao realizar nas relações privadas a efetividade dos direitos fundamentais sociais, devendo nestes casos, utilizar a proporcionalidade na ponderação, em respeito e proteção da dignidade humana no seu conteúdo mínimo e vital. O direito fundamental à saúde, conforme previsto na Constituição é literalmente um “dever de todos”, ou seja, o pensamento que deverá prevalecer é que este direito social, a fim de obter um maior alcance social, terá que ordenar o comprometimento de todos que vivem em sociedade, em suas diferentes esferas de atuação, conforme característica do Estado Democrático de Direito Social.

A eficácia horizontal é um assunto bastante polêmico, tendo em vista as particularidades de cada caso, podendo para alguns autores, servir como importante instrumento para realizar Justiça Social, com base na Carta Maior em face das normas infraconstitucionais privadas, a incidir nas relações assimétricas existentes na sociedade.

Contudo, alguns enxergam, que, na aplicação da eficácia horizontal das normas constitucionais, poderemos relegar a um nível inferior o direito privado, de forma que, com a constitucionalização de todo o direito em matéria relativa a particulares, acabaríamos por transformar o Supremo Tribunal Federal em uma verdadeira justiça revisional, função esta diversa da prevista na Constituição, sem contar que, no Brasil, esta competência, no sentido de revisar as relações privadas regulamentadas por leis infraconstitucionais, é atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Em casos concretos, há o reconhecimento pelo Judiciário da eficácia horizontal do direito fundamental à saúde nas relações privadas, por exemplo, quando este obriga a empresas mantenedoras de planos de saúde a prestar um determinado procedimento médico não previsto em contrato, a outra parte-paciente, sendo, que em alguns casos, este descumprimento, ultrapassa o “mero constrangimento”, incidindo assim indenização por dano moral em face do descumprimento deste direito fundamental social.

14. Podemos dizer que tanto no Brasil como em Portugal, a situação fática da saúde não é a desejável pelas suas respectivas populações. Ambos os países encontram limitações dos mais diversos tipos, que acabam por criar empecilhos para assegurar a prestação de saúde dignamente a todos, conforme estabelecido em suas Cartas Magnas.

Tendo em vista esta insatisfação referente aos serviços de saúde, além de se tratar de um direito intimamente ligado à vida humana, resta-se senão, como única alternativa pra fins de proteção deste direito fundamental, o ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário, pra garantir a prestação de saúde necessária conforme o caso.

O direito de acesso ao Judiciário em ambos os países são assegurados em suas Constituições como um direito e garantia fundamental, por meio de acesso a Justiça material (alcance do cidadão à exata solução do conflito, em pé de igualdade e de forma equilibrada em relação à outra parte, por meio do devido processo legal, posto em juízo – Justiça-valor) e Justiça formal (entendendo o acesso do indivíduo a Justiça como instituição do Estado), e por meio de ambas, o real conceito de Acesso a Justiça, concretizado na prática, pela instituição de órgãos judiciais em vários locais do país, com estabelecimento de processos e procedimento adequados à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos ou da coletividade, criação de defensorias públicas e dispensa do pagamento de custa à população que não possui meios econômicos pro seu custeio, garantindo assim, a população carente, o acesso a Justiça.

15. Deste modo, de acordo com as jurisprudências colacionadas no presente estudos podemos dividir o entendimento em ambos os países, acerca do direito fundamental social à saúde, sucintamente, do seguinte modo.

No Brasil o Superior Tribunal de Justiça – STJ entende: 1) Com relação a medicamentos: se restar caracterizado que a pessoa requerente for portadora de doença e desprovida de recursos financeiros suficientes pro seu custeio, com base na proteção do direito à vida (art. 5º, *caput*, CF/88), e no direito à saúde (art. 6º e 196, CF/88) ou se criança portadora de doença (art. 7º, c/c art. 98, I e 101, V do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990), restando-se caracterizado a obrigação do Estado brasileiro (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) em garantir o acesso ao remédio devido para o tratamento correta da enfermidade, por ser indispensável à sobrevivência do paciente, de forma que atenda ao seu mínimo vital de saúde dignamente.

Decisões variadas: 1) reconhecimento da obrigação do Estado em fornecer **tratamento médico psiquiátrico ou psicológico** à menor, com base nos art. 196 e 227 da CF/88 e art. 7º c/c os arts. 98, I e 101, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente; 2) condenação do Poder Público em assegurar o **fornecimento de pilhas destinadas ao funcionamento de aparelho auditivo** de menor, garantindo a possibilidade deste fazer uso e gozo de aparelho eletrônico destinado a correção auditiva, por ser a saúde um direito

individual e indisponível; 3) garantir a menor o custeio de passagens rodoviárias para fins de locomoção, por ser indispensável pro seu tratamento, também por problemas auditivos; e, 4) reconhecer a obrigatoriedade da continuidade da prestação de coleta de lixo, por tratar-se de serviço essencial à manutenção da saúde pública, tendo em vista seu caráter profilático a toda sociedade, afrontando os arts. 10 e 11 da Lei n.º 7.783/89. (Grifo nosso).

Inclusive o reconhecimento da legitimidade ativa do Ministério Público, por ser obrigação deste em adotar medidas com vista a assegurar o direito fundamental social à saúde, por tratar-se de direito individual ou coletivo, subjetivo e indisponível de cunho Constitucional, conforme várias decisões já demasiadamente relatadas.

Já o Supremo Tribunal Federal – STF, brasileiro conclui, auferindo a seguinte concepção Constitucional, majoritariamente: 1) Com relação a medicamentos: por ser o direito fundamental à saúde (art. 196 da CRB/88), indissociável à vida (art. 5º *caput* CRB/88), obriga ao Estado, em todas as esferas da organização federativa do Brasil, a assistência à saúde a todas as pessoas portadora de doenças graves (SIDA, tumor carcinóide de fígado, e outras), que não possuem condições financeiras (hipossuficientes), o acesso a medicamentos conhecidos pela sua comprovada eficácia terapêutica no combate as referidas moléstias, por ser tal medida essencial a sua dignidade como ser humano.

Decisões variadas: 1) proibição de importação de quaisquer espécies de pneus usados (remoldados) a entrar em território brasileiro, tal medida, visa à proteção direta do meio ambiente, que por via reflexa, e indiretamente, acaba por assegurar também, a defesa da saúde de sua população, a fim de assegurar uma sadia qualidade de vida a esta; e, 2) de reconhecer a constitucionalidade de Lei do Estado do Rio de Janeiro (Lei nº 3.542/2001), que passo a conceder descontos a idosos na compra de medicamentos, por perfilhar que é obrigação do Estado em defender pessoas idosas, a fim de garanti-las bem-estar, dignidade e o direito à vida;

Também perfilha como legítima, a possibilidade do *parquet*, em propor ações judiciais em face ao Estado, com o objetivo de obrigá-lo a garantir o acesso do direito fundamental à saúde, por este um direito subjetivo de caráter prestacional previsto na Carta Maior. Não se esquecendo, que a legitimidade ativa do Ministério Público, resta-se clara e límpida, pra fins de proteção e garantia do direito fundamental à saúde, somente nas cidades em que não houver Defensoria Pública a disposição da população.

Entendemos ser um marco jurisprudencial a decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, no dia

18.09.2009. Desta decisão retiramos as seguintes lições gerais acerca da obrigatoriedade do Estado brasileiro em assegurar o acesso a medicamentos pela via judicial, que poderá ser utilizado em outras decisões, não obstante, servirem de apenas um guia, geral, devendo o incluir o juízo de acordo com as especificidades do caso.

Incontroverso no Judiciário a característica do direito à saúde, como um direito Constitucional fundamental público e subjetivo.

Em linhas gerais deve-se ter em mente que, caberá intervenção judicial quando, no caso concreto se visualizar, um pedido pra fins de assegurar o cumprimento da Política Pública, em face ao seu descumprimento por parte do Estado. Neste caso, não haveria interferência judicial na discricionariedade dos outros poderes na formulação daquelas, pois o comando destina-se a obrigação de cumprir o que já está estabelecido na política social e econômica de saúde, atrelado ao SUS, ficando mais evidente o direito público subjetivo a uma determinada política de saúde. Devendo, nestas situações, juízo privilegiar estas prestações de saúde, conforme o sistema de saúde.

Lembrando que, existe a possibilidade, seja pelo Poder Judiciário ou via Poder Público, de pleitear diferente forma de prestação à saúde, em relação à tradicionalmente utilizada pela prática médica, desde que haja comprovação de que esta não é considerada eficaz ao paciente, neste caso, o tratamento “alternativo” é avaliado pelo médico, como melhor e essencial à recuperação, manutenção e proteção da saúde do enfermo, devendo por isso, ser custeado pelo SUS. Os “protocolos” do Sistema Único de Saúde não são considerados absolutos, tendo em vistas, as particularidades de cada ser humano e a evolução da medicina como ciência.

Já nas situações em que o pedido de prestação à saúde não tiver cobertura na Política de saúde do SUS, o que pode ocorrer nas seguintes hipóteses: 1ª) existe fármaco custeado pelo Sistema de Saúde para o tratamento da doença, só que este não é considerado pelo médico como o mais adequado no tratamento da enfermidade especificamente, tendo em vista, a existência de outro, considerado melhor e não previsto naquela; e, 2ª) não há qualquer tipo tratamento para a específica doença, custeada pelo Poder Público.

Em ambas as hipóteses, o juízo deverá analisar primeiramente, no caso específico se a ausência de medicamento, constitui: i) caso de omissão do Poder Público, na elaboração das ações afirmativas (Executivo), ou votando o orçamento na destinação verbas destas (Legislativo); b) negação por mero ato administrativo que delibera, no sentido de negar a

prestação de saúde; e, c) negativa simples do pedido específico de saúde decorrer por simples determinação legal.

Soma-se a isso, há a necessidade de diferenciar as prestações omissas do SUS em: i) tratamentos experimentais, onde sua comprovação e eficácia científica não fora ainda comprovada. Tais terapias são realizadas em grandes centros ou laboratórios de pesquisa médica, norteados pelas normas de pesquisa em seres humanos, de forma digna, sendo que a única forma de acesso se dá pela participação no estudo, inclusive após o seu término, aqui, não há como discorrer sobre parâmetros ao julgador dado as particularidades da pesquisa, situação da doença e condição do pacientes; ii) Quanto aos tratamentos novos não previstos pelo SUS, o julgador deverá agir com maior prudência, tendo em vista que, no caso de choque entre, a lista de protocolos que visa a assegurar uma melhor e mais ampla distribuição do serviço e maior segurança aos pacientes, com a morosidade e burocracia existente para aprovar novos medicamentos, o que acaba por dificultar o acesso a novos fármacos, por estarem à mercê desta lentidão procedimental legal.

Caso reste-se, comprovado na ação judicial que, o tratamento omissos pelo SUS há muito é prestado de forma efetiva e eficaz na iniciativa privada, deverá o Judiciário assegurar, de forma individual ou coletivamente, o acesso a este, pois não se pode justificar a transgressão ao princípio da integralidade do Sistema Único de Saúde, que justifique diferenças entre as opções dadas aos pacientes-usuários da rede privada em detrimento dos que utilizam a rede pública, tendo em vista que, a demora em aprovar o novo tratamento poderá, em alguns casos, trazer danos irreparáveis a vida, e/ou, até mesmo ocasionar a morte, do paciente, pela transgressão do seu direito fundamental de acesso à saúde dignamente a ser cumprido pelo Estado, pelos argumentos já declarados.

Já em Portugal, consoante às decisões do Tribunal Constitucional cotejadas, vislumbramos brevemente, as seguintes concepções gerais sobre o direito a saúde. Anteriormente (Acórdão nº 39/1984) o TC tinha o entendimento de que o direito Constitucional à saúde (n. 2, do art. 64 da CRP), não possuía natureza análoga (art. 17 da CRP) de direitos fundamentais, pois aquele só diz respeito acerca da criação do Serviço Nacional de Saúde, por ser de competência exclusiva da Assembleia da República. A inconstitucionalidade, *in casu*, configurou-se pela extinção (praticamente) daquele Sistema, em virtude do que previa o art. 17 do Decreto-Lei n.º 254/82, sem que houvesse apresentado outro Sistema de Saúde, a fim de substituir o anterior que já existia, para não deixar a população portuguesa desprotegida.

Atualmente, (Acórdão nº 221/2009) o Tribunal Constitucional lusitano, entende que, a cobrança por quantia relativa a serviços de saúde que se realizou pela não apresentação do cartão de utente, no prazo de 10 dias, subsequentes à interpelação para pagamento daquela, é considerado inconstitucional o sentido dado à norma em que obriga o paciente ao pagamento de serviços de saúde simplesmente por não apresentar o referido cartão no prazo previsto em Lei. Reconhecendo nesta decisão e em outras, o Serviço Nacional de Saúde como importante mecanismo que visa assegurar o direito à saúde previsto no n. 2, do art. 64 da CRP, consagrado como direito social, e tratar-se de uma obrigação Constitucional para a concretização e respeito de um verdadeiro direito fundamental.

2. Conclusão final.

Pelos motivos já expostos, visualiza-se que o julgador não pode obrigar o Poder Público, em suas diversas esferas de atuação da federação brasileira, custear todo tipo de prestação de saúde, pois se assim for, tal decisão acarretaria irresponsável lesão ao funcionamento do Sistema de Saúde, prejudicando assim, o atendimento a maior parte de seus usuários, qual seja, a população hipossuficiente e carente de serviços de saúde, além de outros direitos previstos na Constituição.

Entretanto, o Poder Judiciário, deverá utilizar no caso concreto, em que haja pretensão de prestação de saúde (considerado como fundamental e subjetivo), nos seus mais variados meios de alcance fático, os diversos parâmetros já citados, assegurando ao Estado (União, Estado, Município e Distrito Federal) a possibilidade de ampla defesa e contraditório, não se olvidando de, assegurar sempre ao cidadão-paciente, o alcance do mínimo existencial, que materialmente promova de forma eficaz seu bem estar e sua dignidade como ser humano, uma vez que esta constitui a essência, em que prepondera o Estado Democrático de Direito e de Justiça Social do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1993, reimpressão de 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

BAGANHA, Maria Ioannis. PIRES, Joana Sousa Ribeiro Sónia. *O Sector da Saúde em Portugal: Funcionamento do Sistema e Caracterização Sócio-profissional*. Universidade de Coimbra, 1998. Disponível em <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/182/182.pdf>>. Acesso em 02.04.2012.

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

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, jan. 2007.

BENDA, Ernst et al. (org.). *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução de Antonio López Pina. Barcelona: Marcial Pons, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Direito Constitucional*. Coimbra, Almedina. 7ª ed. 5ª reimpressão. 2003.

COHN Amélia. ELIAS Paulo Eduardo M. *Saúde no Brasil – Políticas e Organização de Serviços*. 4º Ed. São Paulo: Cortez. CEDEC. 2001.

CUNHA FILHO, Valter Fernandes da. ***Estado, Direito e Economia: Uma Visão Realista acerca dos Dilemas da Efetivação dos Direitos Sociais nas Democracias Contemporâneas. In Direitos Humanos e Democracia.*** Coordenadores. CLÈVE, Clèmerson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI Alexandre Coutinho. Rio de Janeiro. Forense. 2007.

CURY, Ieda Tatiana. ***Direito fundamental à saúde: Evolução, Normatização e Efetividade.*** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FARIAS CASTRO, José Fernando de: ***Os Desafios da Democracia. Revista Brasileira de Direito Constitucional.*** N.3 jan/jun. 2004. Editora Método. 2004.

FARIAS, Edilsom Pereira de. ***Hermenêutica Constitucional. Revista Sequência.*** nº38, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, jul/99.

FREITAS, Juarez. ***A Interpretação Sistemática do Direito.*** São Paulo: Malheiros, 2002.

GALIDO, Bruno. ***Direitos Fundamentais. Análise de sua Concretização Constitucional.*** 1ª ed. 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

GENTILE, Jorge Horacio. ***El Fundamento de Los Derechos Humanos. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC.*** n. 6. JUL/DEZ. São Paulo. 2005.

HESSE, Konrad. ***Significado de los Derechos Fundamentales.*** In: BENDA, Ernst et al. (org.). ***Manual de Derecho Constitucional.*** Tradução de Antonio López Pina. Barcelona: Marcial Pons, 2001.

JÚNIOR, Mauro Nicolau. ***A Decisão Judicial e os Direitos Fundamentais Constitucionais da Democracia. Revista Forense.*** v. 389. ano 103. Jan/Fev. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

MARTA, Taís Nader. BARBOSA, Felipe Amaral. ***Dos Direitos Sociais e dos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.*** Rio Grande. Âmbito Jurídico, 01/08/2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6515>. Acesso em 01.05.2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. ***Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudo de Direito Constitucional***. 2. ed. rev. e ampl. Celso Bastos (Ed.) São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MIRANDA, Jorge. ***Manual de Direito Constitucional***. v. 4. Coimbra. Coimbra Editora. 1988.

MORAES, Alexandre de. ***Direito Constitucional***. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NETO João Pedro Gebran. ***Direito a Prestações Materiais e a Efetividade da Tutela Jurisdicional***. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_prestacoes_materiais_e_a_efetividade_da_tutela_jurisdicional.pdf>. Acesso em 01.05.2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. ***Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível***. Curitiba: Juruá, 2008.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. ***O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível***. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. n. 5, jan./jun.2005. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. 32ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. ***Aplicabilidade das Normas Constitucionais***. 7ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. ***A Eficácia dos Direitos Fundamentais***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. ***A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no***

Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito Social. Ano 4 – abr/jun. 2004 nº 14. p. 21.

_____. ***Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado. Revista de Direito do Consumidor.*** Ano 16, nº 61 Jan-mar. 2007. BRASILCON.

_____. ***Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.*** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. ***O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. Revista de Direito Social.*** Ano 1. 2001. Nº 3.

SARMENTO, Daniel. ***Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil.*** In BARROSO, Luis Roberto. ***A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.*** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. ***O Acesso à Justiça e Autonomia Financeira do Poder Judiciário: A Quarta Onda?*** Curitiba: Juruá, 2006.

TAVARES, André Ramos. ***Curso de Direito Constitucional.*** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALLE, André Rufino. ***A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: Repensando a Distinção entre Regras, Princípios e Valores.*** Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília – UNB, 2006.

SITES CITADOS Constituições, Decretos e Leis

BRASIL, Constituição (1988), promulgada em 5 de outubro de 1988. ***Constituição da República Federativa do Brasil.*** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao_compilado.htm>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Decreto nº 3181/1999, de 23 de setembro 1999. *Regulamenta a Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3181.htm>. Acesso em 02.05.2011.

BRASIL, Lei nº 5869/1973, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Lei nº 7783/1989, de 28 de junho de 1989. *Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em 02.05.2011.

BRASIL, Lei nº 8069/1990, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 02.05.2011.

BRASIL, Lei nº 8080/1990, de 19 de setembro de 1990. *Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 01.05.2011.

BRASIL, Lei nº 8142/1990, de 28 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso em: 01.05.2011.

BRASIL, Lei nº 9313/1996, de 13 de novembro de 1996. *Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9313.htm>. Acesso em 02.05.2011

BRASIL, Lei nº 9787/1999, de 10 de fevereiro de 1999. *Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9787.htm>. Acesso em 02.05.2011.

PORTUGAL, Constituição (1976), promulgada em 2 de abril de 1976. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em 11.05.2011.

PORTUGAL, Decreto-Lei nº 88/2005, de 3 de Junho. *Revoga o Decreto-Lei nº 60/2003, de 1 de Abril, que cria a rede de cuidados de saúde primários e repristina o Decreto-Lei nº 157/99, de 10 de Maio, que estabelece o regime de criação, organização e funcionamento dos centros de saúde*. Disponível em: <<http://www.acss.min-saude.pt/Portals/0/Circulares/DL%2088%20-%202005.pdf>>. Acesso em 02.04.2012.

Notícias

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STJ. *Recusa injusta de cobertura por plano de saúde gera dano moral e deve ser indenizado*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=102126>. Acesso em 08.06.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça – STF. *Audiências públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643>>. Acesso em 01.05.2011.

CAVALCANTI, Hylda. *Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em 05.05.2011.

DUARTE Catarina. *Despesa com remédios cai 7,7% no primeiro mês do acordo*. Disponível em: <http://economico.sapo.pt/noticias/despesa-com-remedios-cai-77-no-primeiro-mes-do-acordo_117943.html>. Acesso em 15.05.2011.

ESTADÃO. *Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5.000% em 6 anos*. Disponível em: <<http://www.radio90fm.com.br/noticias/?id=10864>>. Acesso em 01.05.2011.

FREITAS, Mario Morais. *Sistema de Saúde Português*. Disponível em: <http://www.saudepublica.web.pt/01-Administracao/Sistema_saude_pt.htm>. Acesso em 02.06.2011.

LETA, Thamine. *Ministério da Saúde vai distribuir 84 milhões de camisinhas até o carnaval*. Disponível em <<http://g1.globo.com/carnaval/2011/noticia/2011/02/ministerio-da-saude-vai-distribuir-84-milhoes-de-camisinhas-ate-o-carnaval.html>>. Acesso em 01.05.2011.

NETO João Pedro Gebran. *Direito a Prestações Materiais e a Efetividade da Tutela Jurisdicional*. janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_prestacoes_materiais_e_a_efetividade_da_tutela_jurisdicional.pdf>. Acesso em 01.05.2011.

PESO & MEDIDA. *Ministra da saúde condenada a pagar cinco por cento do salário mínimo por dia*. Disponível em: <<http://static.publico.pt/pesoemedida/noticia.aspx?id=1492789&idCanal=91>>. Acesso em 15.05.2011.

ROSA, Eugénio. *A saúde e os custos da saúde em Portugal*. Disponível em: <http://resistir.info/e_rosa/custos_saude_portugal.html>. Acesso em 05.04.2012.

Estudos oficiais

BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica. Evolução e Perspectivas da Mortalidade Infantil no Brasil*. número 2. Rio de Janeiro: 1999. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/evolucao_perspectivas_mortalidade/evolucao_mortalidade.pdf>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Contas Satélite de Saúde 2005-2007*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/economia_saude/css_2005_2007/economia_saude.pdf>. Acesso em 05.05.2011.

BRASIL, Ministério do Trabalho e Emprego - MTE. *Painel Distribuição de renda*. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/salmin/t20.pdf>>. Acesso em 01.05.2011.

PORTUGAL, Instituto Nacional de Estatísticas de Portugal - INE. *Anuário Estatístico de Portugal 2008. 2009*. Disponível em: <http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=80161516&PUBLICACOESmodo=2>. Acesso em 02.04.2012.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional*. Manágua, Nicarágua - Julho de 2010. Questionário prévio - Respostas Portugal. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/cibero_201007_relatorio.pdf>. Acesso em 10.05.2011.

Órgãos do Estado

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=293>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em 01.05.2011.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tribunal-orgaoconst.html>>. Acesso em 01.05.2011.

JURISPRUDÊNCIA CITADAS

Superior Tribunal de Justiça - STJ

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 1999/00 83884-0. Rel. Ministro José Delgado, Brasília, Data do julgamento 22/08/2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=objeto+vando+o+fornecimento+de+medicamento+%28RILUZOL%2FRILUTEK%29+&b=ACOR>. Acesso em 01.02.2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2004/0138058-9. Rel. Ministro José Delgado. Brasília. Data do Julgamento 19/04/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=o+direito+p%FA+blico+subjeto+%E0+sa%FAde+representa+prerrogativa+jur%EDdica+indispon%EDvel+as+segurada+%E0+generalidade+das+pessoas&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em 01.02.2011

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 2004/0096749-5. Rel. Min. José Delgado, Brasília. Data do julgamento 28/09/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=502416&sReg=200400967495&sData=20041108&formato=HTML>. Acesso em 01.02.2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Agravo de Instrumento nº 2010/0194709-0. Rel. Ministro Hamilton Cavalcido. Brasília. Data do Julgamento 15.12.2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=13447199&formato=PDF>>. Acesso em 01.02.2011

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 2002/0071199-4. Rel. Ministro José Delgado, Brasília. Data do Julgamento 21.09.2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=512715&sReg=200200711994&sData=20021021&sTipo=5&formato=HTML>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 2004/0118929-9. Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília. Data do Julgamento 06/10/2005. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=585542&sReg=200401189299&sData=20051024&formato=HTML>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 2004/0177335-4. Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília. Data de Julgamento 02.02.2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2239312&sReg=200401773354&sData=20060220&sTipo=5&formato=HTML>. Acesso em 02.05.2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Embargos de declaração em Recurso Especial nº 2004/0096749-5. Rel. Ministro José Delgado, Brasília. Data do Julgamento 19.04.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=542201&sReg=200400967495&sData=20050613&formato=HTML>. Acesso em 02.05.2011

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 2005/0004911-6. Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília. Data de Julgamento 03.11.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=590684&sReg=200500049116&sData=20051114&formato=HTML>. Acesso em 02.05.2011

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=REsp+716512&b=ACOR>. Acesso em 02.05.2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 2003/0135074-8. Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília. Data do Julgamento 07.10.2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=504908&sReg=200301350748&sData=20041116&formato=HTML>. Acesso em 02.05.2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2005/0016229-5. Rel. Ministro Edson Vidigal, Brasília. Data do julgamento 16.02.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=526183&sReg=200500162295&sData=20050321&formato=PDF>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial nº 1994/0037174-8. Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Brasília. Data do julgamento 27.05.1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400371748&dt_publicacao=01-07-1996&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 01.05.2011.

Supremo Tribunal Federal – STF

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Recurso Extraordinário nº **271.286**. Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília. Data do julgamento 12.9.2000. Disponível no site: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=226&dataPublicacaoDj=24/11/2000&incidente=3542020&codCapitulo=5&numMateria=37&codMateria=3>>. Acesso em 02.05.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Recurso Extraordinário nº 342.413. Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília. Data de julgamento 14.10.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+271.286++AgR%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 01.05.2011

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Recurso Extraordinário nº 195.192. Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília. Data do julgamento 22.02.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+195192.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+195192.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Recurso Extraordinário nº 407.902. Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília. Data de Julgamento 26.05.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+407902.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+407902.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Recurso Extraordinário nº 496.718. Rel. Ministro Menezes Direito, Brasília. Data de julgamento 31.10.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+>

E+496718.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+496718.ACMS.%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101. Rel. Ministra Cármen Lúcia, Brasília. Data de Julgamento 24.06.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo552.htm#ADPF%20e%20Importa%C3%A7%C3%A3o%20de%20Pneus%20Usados%20-%207>>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2435-MC. Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília. Data de julgamento 13.03.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+2435.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+2435.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 01.05.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Rel. Presidente Gilmar Mendes, Brasília. Data de julgamento 16.06.2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(STA\\$.SCLA.%20E%20175.NUME.\)&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(STA$.SCLA.%20E%20175.NUME.)&base=basePresidencia)>. Acesso em 01.06.2011.

Tribunal Constitucional – TC

PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Acórdão nº 39/1984. Rel. Conselheiro Vital Moreira. Data de julgamento 11.04.1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em 10.05.2011.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Acórdão nº 39/1984. Rel. Conselheiro Vital Moreira. Data de julgamento 11.04.1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em 10.05.2011.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Acórdão nº 67/2007. Rel. Conselheira Maria Fernanda Palma. Data de julgamento 30.01.2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070067.html>>. Acesso em 01.05.2011.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Decisão Sumária nº 49/2004. Rel. Conselheira Maria Helena Brito. Data de julgamento 03.02.2004. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20040049.html>>. Acesso em 01.05.2011

PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Decisão Sumária nº 557/2007. Rel. Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Data de julgamento 30.10.2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20070557.html>>. Acesso em 01.05.2011.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Decisão Sumária nº 274/2008. Rel. Conselheiro Benjamim Rodrigues. Data de julgamento 13.05.2008. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20080274.html>>. Acesso em 01.05.2011.

PORTUGAL, Tribunal Constitucional – TC, Acórdão nº 221/2009. Rel. Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Data de julgamento 05.05.2009. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090221.html>>. Acesso em 11.05.2011.

