

Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde

Hugo Evo Magro Corrêa Urbano

Sumário

1. Introdução. 2. Direitos Fundamentais Sociais. 3. Reserva do possível e erosão da consciência constitucional. 4. Critérios para a atuação do Poder Judiciário em casos envolvendo o direito à saúde.

1. Introdução

O direito à saúde desempenha um papel de destaque no Ordenamento Jurídico. Sua análise pode passar por uma perspectiva de direito público, em que é tratado como direito fundamental social (artigos 6º e 196 da Constituição da República do Brasil de 1988 – CR/88), do qual se pode extrair diversos desdobramentos, tais como o dever do Estado de prestá-lo (construindo hospitais, fornecendo medicamentos, exemplificativamente) e de protegê-lo sob o ponto de vista coletivo (ao proibir, por exemplo, a venda de um produto nocivo à saúde do consumidor ou evitando um dano ao meio ambiente).

Outrossim, sob o prisma do Direito Privado, o direito à saúde, ao lado do direito à vida, assume o caráter de um dos mais importantes direitos de personalidade, podendo o indivíduo valer-se da cláusula geral do artigo 12 do Código Civil, bem como dos artigos 186, 187 e 927 do mesmo diploma legal para promover sua tutela em face de outros indivíduos e do Estado, seja ressarcitória (específica ou indenizatória), seja inibitória.

Hugo Evo Magro Corrêa Urbano é Doutorando e Mestre em Direito pela UFMG. Advogado em Belo Horizonte/MG.

Independentemente da conotação pública ou privada, tratar-se-á a proteção da saúde contra danos (*Gesundheitsverletzung*) de maneira ampla, à semelhança do que o faz a doutrina teutônica. Na Alemanha, o direito de personalidade da saúde (*Gesundheitsrecht*), baseado na tutela (*Schutzgüter*) conferida pelo § 826, I, do BGB, abrange, subjetivamente, não só as pessoas nascidas (*geborenen Menschen*), como também o nascituro (*Leibesfrucht*). De maneira objetiva, o direito à saúde protege a saúde física (*körperlich*) e mental (*psychisch*) do indivíduo contra danos (*Schädigungen*) (LOOSCHELDERS, 2010, p. 428).

Apesar da divisão entre o regime jurídico público e privado, há intrínseca correlação de instrumentalidade entre um e outro. Ambos encontram ponto de conexão na dignidade da pessoa humana, a qual o Estado estabeleceu como um de seus fundamentos (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República do Brasil de 1988 – CR/88). Com efeito, a proteção do direito à saúde sob o ponto de vista do Direito Público, como direito fundamental social, servirá, a bem da verdade, para criar o ambiente propício para que a pessoa – considerada individualmente – desenvolva os demais atributos de sua personalidade.

Nesse aspecto, apesar da interseção existente entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade – que aqui se coloca como instrumental –, é preciso ressaltar que não há uma coincidência entre ambas categorias.

A doutrina diverge a respeito da abrangência dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade e a relação entre uns e outros. Manuel Cândido Rodrigues (2003, p. 204) entende que os direitos fundamentais de primeira geração se assentam sobre a proteção da dignidade da pessoa humana. De uma forma um pouco mais abrangente, José Carlos Vieira de Andrade (apud ASCENSÃO, 2009, p. 26) afirma que os direitos fundamentais são manifestações do princípio da dignidade da pessoa huma-

na, dividindo-os em direitos fundamentais materiais – que por sua natureza assumem esse *status* – e direitos fundamentais formais – que são elevados a categoria de fundamentais em razão do diploma legal no qual estão previstos.

De acordo com essa corrente defendida por ambos os juristas mencionados, haveria direitos fundamentais não expressamente previstos no texto constitucional mas que, devido à sua essência de proteção da dignidade da pessoa humana – tais como os direitos da personalidade –, seriam considerados como direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana seria o ponto de unidade entre as duas categorias (VIEIRA DE ANDRADE apud RODRIGUES, 2003, p. 204).

Por outro lado, uma segunda corrente doutrinária, defendida por José de Oliveira Ascensão, entende que, no centro dos direitos da personalidade, está a proteção da pessoa humana e que tal objetivo, apenas lateralmente, poderia ser perseguido pelos direitos fundamentais. Assim, não se poderia afirmar que todo direito da personalidade deva ser acolhido como direito fundamental. Isso porque seriam “categorias de núcleo necessariamente diferente” (ASCENSÃO, 2009, p. 26).

De acordo ainda com esse jurista, a categoria dos direitos da personalidade caracteriza-se pela proteção dos vários atributos (em *numerus apertus*) da noção substancial de pessoa humana (Idem, p. 35). O fulcro dos direitos fundamentais não está na dignidade da pessoa humana, mas na *conformação das relações que se desenvolvem na sociedade politicamente organizada*. Por essa razão, a lista de direitos fundamentais geralmente consagrada nas Constituições modernas representa cada vez mais a consolidação de reivindicações de grupos de interesses. Afastam-se assim da “consagração nuclear do primado da pessoa” (Ibidem, p. 27). Conclui o autor português que os direitos fundamentais são muito mais abrangentes que os direitos de personalidade (ASCENSÃO, 2009, p. 26).

J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 396) parece aderir a essa segunda corrente ao afirmar que “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”.

A par da divergência sobre a abrangência dos direitos fundamentais e se estes englobariam os direitos da personalidade e, ainda, em qual medida o fariam, ambas categorias buscam a proteção da pessoa humana seja de forma direta, seja indireta. Os direitos da personalidade voltam-se totalmente à proteção dos atributos da pessoa e mais focados nas relações de Direito Privado e os direitos fundamentais, em maior ou menor medida, também buscam essa proteção, porém de maneira lateral e com um foco maior no Direito Público.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana desempenha um papel crucial. Ela encontra-se consagrada em vários dispositivos da CR/88, sendo que o principal deles é o artigo 1º, inciso III, no qual está prevista como fundamento da República Federativa do Brasil. No entanto, ela pode também ser considerada como um valor constitucional que norteará os fins do Estado. Qualquer pessoa, pelo simples fato de existir, tem dignidade e isso precisa ser reconhecido pelo Estado e protegido de maneira efetiva. Os Poderes Públicos têm o dever de proteger, respeitar e promover condições para uma vida digna.

Os direitos fundamentais, assim, servirão, em sua grande maioria, para criar o ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa, como acima afirmado, sendo que o direito à saúde desempenhará uma relevante função na persecução desse escopo, o qual será o objeto de análise do presente trabalho.

Para tanto, valer-nos-emos de importante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) recentemente. A Corte Constitucional Brasileira, na linha do que já havia decidido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

(ADPF) nº 45, abordou vários aspectos do direito fundamental social à saúde e do dever do Estado de cumpri-lo, ao proferir decisão na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/CE. Nesse tocante, busca-se aqui analisar o direito à saúde sob o ponto de vista dos direitos fundamentais e sua relação de instrumentalidade com os direitos da personalidade, mencionando-se sempre que pertinente o entendimento do STF.

Ressalve-se que o presente trabalho limitar-se-á à questão da tutela da saúde no que se refere ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público e prestação de terapias, uma vez que não se pode perder de vista que esse direito pode ser concretizado de várias outras maneiras, como acima mencionado (construção de hospitais, contratação de médicos especializados, etc.).

2. Direitos Fundamentais Sociais

Para fazer a análise do direito fundamental à saúde, é preciso antes de mais nada situá-lo em seu contexto jurídico, para que se possa a partir daí discorrer sobre suas características e a forma de torná-lo efetivo, principalmente, com base no entendimento formado pelo Supremo Tribunal Federal no emblemático precedente *supra* mencionado.

Pois bem. A primeira análise que se deve fazer é quanto à função dos direitos fundamentais, que variam de acordo com sua estrutura. Com essa classificação, é possível uma melhor compreensão do conteúdo e da eficácia de cada “espécie” de direito fundamental, o que terá repercussão em sua aplicação prática (MENDES, 2010, p. 331).

No final do século XIX, Georg Jellinek elaborou a teoria dos quatro *status* nos quais o indivíduo poderia encontrar-se perante o Estado. De acordo com o renomado jurista, o indivíduo pode encontrar-se em situação de subordinação aos Poderes Públicos possuindo, assim, deveres para com

o Estado diante dos mandamentos e proibições elaborados por este. De outro lado, a pessoa goza ainda de um *status* negativo em relação ao Poder Público, que impõe a este limites, de modo que não pode interferir na esfera jurídica do indivíduo.

Em um terceiro aspecto, os indivíduos têm o *status* positivo, segundo o qual podem exigir que o Estado atue de forma favorável a eles e realize alguma prestação. E, por fim, os indivíduos dispõem de um *status* ativo, de modo que podem participar efetivamente para influir na formação da vontade do Estado. Seriam os direitos políticos.

Com base nessa teorização de Jellinek, a doutrina constitucionalista, ao longo do tempo, classificou os direitos fundamentais em espécies, a saber: (i) direitos de defesa, (ii) direitos a prestações e, ainda admitido por alguns juristas, (iii) direitos de participação (Idem, p. 332).

A primeira espécie, os direitos de defesa, tem o escopo de proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado. Por essa razão, impõem para este um dever de abstenção, ou seja, de não interferir na esfera jurídica de autodeterminação do indivíduo. Atribui-se a essas espécies de direitos fundamentais um caráter negativo. Tais direitos são aqueles tradicionalmente de primeira dimensão: a liberdade e a propriedade.

A importância de tais direitos foi reconhecida ao longo do período Iluminista no Século XVIII, vindo a encontrar o auge de sua relevância na época da Revolução Francesa, em que a burguesia buscou defendê-los como forma de combater o regime político até então vigente e dominado por ampla interferência do Estado na vida privada das pessoas. Portanto, a Revolução vem negar a ordem anterior, difundindo ideais que antes eram combatidos pelo Monarca.

Atualmente, os direitos de defesa ainda assumem um outro papel, que não apenas de proteger bens jurídicos ou de defesa da liberdade dos indivíduos. A doutrina

atribui-lhes o papel de vedação à eliminação pelo Estado de certas posições jurídicas. Ao Estado é defeso derogar determinadas normas jurídicas, a fim de garantir-se a segurança jurídica (Ibidem, p. 333).

Posteriormente, com o reconhecimento de que as pessoas não podem ser consideradas todas iguais, pelo menos sob o ponto de vista material, e que, em decorrência da ênfase anterior na liberdade e na igualdade formal, disparidades sociais emergiram, surge uma nova dimensão de direitos fundamentais.

Trata-se dos direitos a prestação, que são aqueles que exigem do Estado não uma abstenção, mas, pelo contrário, que atue de forma positiva, exercendo uma conduta. As prestações que o Estado deve realizar podem ser de natureza material (direito social à educação, à saúde, etc.) ou prestações jurídicas, que buscam regulamentar a proteção do direito considerado fundamental, geralmente, por meio de normas de organização e procedimento (elaboração de leis para proteger os direitos dos trabalhadores, etc.). Busca-se, em suma, que o Estado garanta aos indivíduos a satisfação de condições materiais indispensáveis para que possam gozar de sua liberdade. Em outras palavras, os direitos sociais não são “direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *por meio* do Estado” (KRELL, 1999, p. 240).

Os direitos a prestações materiais são considerados os direitos fundamentais sociais por excelência. O Estado passou a exercer uma função de caráter social, em que busca atenuar as desigualdades de fato existentes na sociedade.

Pela forma como encontram-se previstos na CR/88, os direitos fundamentais exigem que o Legislador atue para que eles atinjam sua eficácia plena. Não é por outra razão que, em contraposição com os direitos de defesa, afirma-se que estes têm eficácia maior do que os direitos a prestações. Isso porque a maioria dos direitos sociais não está prevista em normas de eficácia plena, estão normalmente consagrados em nor-

mas abertas, que precisam de complemento legislativo. Portanto, os direitos de defesa possuem uma eficácia e uma efetividade maior, diante da desnecessidade de regulamentação legislativa.

Apesar dessa diferença, como se observará mais à frente de forma detalhada, o STF entende que, muito embora estejam previstos em enunciados abertos, dependentes de atuação do legislador, tais normas não podem ser ignoradas pelo Poder Público, sob pena de negar a eficácia normativa da Constituição e a força vinculante de seus preceitos. Assistir-se-ia, do contrário, a erosão da normatividade e da própria ideia de Constituição como instrumento que coloca limites e impõe deveres aos Poderes do Estado.

De mais a mais, os direitos fundamentais a prestações, especialmente, as de cunho material, notabilizam-se por se submeterem às conjunturas econômicas (MENDES, 2010, p. 337). Sua realização, em maior ou menor grau, depende intrinsecamente da disponibilidade financeira do Estado, o que se costuma designar por expressão oriunda do Direito alemão: *reserva do possível*. De um lado está a escassez de recursos financeiros e de outro existe uma infinidade de necessidades dos indivíduos que precisam ser atendidas. Diante dessa equação, o Estado precisa escolher a forma em que alocará os recursos, ponderando os interesses envolvidos.

O direito à saúde subsume-se a essa categoria de direitos fundamentais e, por essa razão, encontra-se submetido às contingências financeiras do Estado e à reserva do possível. Muito embora sua submissão a essa limitação, como será a seguir analisado, o STF decidiu que existem limites à alegação por parte do Estado da indisponibilidade financeira para sua concreção, sob pena de esvaziar o conteúdo desse importante direito, ligado intrinsecamente à pessoa humana, por ser também um direito da personalidade. Do mesmo modo, em sua decisão, o STF estabeleceu critérios

para que o Poder Judiciário interfira em sua concreção, tendo em vista que não se pode também ignorar as limitações financeiras e o mérito de decisões tomadas pelo Poder Executivo.

Por último, alguns autores reconhecem uma terceira espécie de direitos fundamentais, pertencentes aos direitos de primeira dimensão: os direitos de participação. São direitos que vão permitir, como o próprio nome diz, a participação do indivíduo na vida política do Estado. São basicamente os direitos políticos (direito de votar e ser votado, referendo, plebiscito, etc.). Quanto à sua natureza jurídica, trata-se de direitos mistos, uma vez que exigem do Estado tanto um dever de agir quanto um dever de abstenção. Logo, possuem características tanto dos direitos de defesa quanto dos direitos a prestação.

Outra classificação doutrinária de relevo para a melhor compreensão dos direitos fundamentais é aquela que os divide em dimensões subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é aquela até então tratada. Caracteriza-se pelos direitos subjetivos conferidos aos particulares de modo a conferir-lhes pretensões entre si e em face do Estado. Pode-se exigir tanto uma ação positiva, como nos casos dos direitos a prestações, bem assim como também uma abstenção, ou seja, um comportamento omissivo. Nesses casos, os indivíduos valem-se sobretudo dos remédios constitucionais (mandado de segurança, *habeas data*, mandado de injunção, etc.).

De seu lado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa tratar esses direitos como princípios norteadores do Ordenamento Jurídico, criando diretrizes para a atuação de todos os Poderes do Estado de modo a balizá-los. Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais transcendem a função de garantidores de posições individuais (dimensão subjetiva) para alcançar a própria elaboração das demais normas e sua aplicação pelo Poder Executivo e

pelo Poder Judiciário, tornando-se base do Estado de Direito Democrático (MENDES, 2010, p. 344). Por esses motivos, diz-se que a dimensão objetiva complementa a subjetiva, pois vai conformar a aplicação do Direito à proteção das posições jurídicas fundamentais.

Percebe-se, então, que a dimensão objetiva está intrinsecamente vinculada à eficácia dos direitos fundamentais. A respeito desse assunto, surgiram várias teorias para mensurar a abrangência dessa eficácia, isto é, se ela deve ser aplicada apenas na relação entre indivíduo e Estado (eficácia vertical) ou também pode ser aplicada na relação existente apenas entre particulares (eficácia horizontal).

Quanto à eficácia vertical, dúvidas não há que se aplicam em relação ao Estado. A discussão doutrinária e jurisprudencial cinge-se à sua aplicação em relação aos particulares entre si.

Para uma primeira corrente doutrinária, os direitos fundamentais *não* podem ser aplicados nas relações entre os particulares. Essa é a chamada *teoria da ineficácia horizontal* dos direitos fundamentais ou *state action*, que é adotada pelos Estados Unidos da América. De acordo com os adeptos dessa teoria, os direitos fundamentais só podem ser violados por meio de um ato estatal e não por ato de particulares, cuja violação de direitos deve ser regulamentada exclusivamente pelo Direito Civil, pelo Direito Penal e demais ramos do Direito.

Virgílio Afonso da Silva aponta que seria desnecessário afirmar que os direitos fundamentais só se aplicam a ações do Estado; isso seria apenas o pressuposto dessa corrente doutrinária. Para esse jurista, a finalidade dessa doutrina é tentar afastar a impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Para alcançar esse objetivo, faz-se uma equiparação entre alguns atos privados a atos do Estado, e, ao assim proceder, segundo o autor, acaba-se por admitir a aplicação de direitos fundamentais a algu-

mas relações entre particulares (AFONSO DA SILVA, 2005, p. 100).

De forma mais atenuada, a *teoria da eficácia horizontal indireta* admite a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas de uma forma reflexa, não podendo ser aplicados diretamente. Para que ocorra a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares, é necessária a edição de lei nesse sentido. É o chamado efeito irradiador dos direitos fundamentais. Essa teoria é a teoria que prevalece na Alemanha (MENDES, 2010, p. 360).

Naquele país, de acordo com os partidários dessa corrente doutrinária, os direitos fundamentais consagrados na Constituição não geram direitos subjetivos nas relações entre particulares. Só se pode admitir a existência de direitos subjetivos a partir da edição de lei regulamentadora. Muito embora não exista lei regulamentando determinado direito fundamental de forma específica, as cláusulas gerais do direito privado acabam sendo utilizadas como “portas de entrada” para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

No Brasil prevalece a terceira teoria sobre o assunto, a da *eficácia horizontal direta*, como se pode verificar nas seguintes decisões proferidas pelo STF: RE 158.215/RS, RE 201.819/RJ e RE 161.243/DF. Criada também na Alemanha, onde, porém, não foi acolhida, sustenta que os direitos fundamentais podem ser aplicados diretamente nas relações entre particulares, independentemente de intermediação legislativa. Essa teoria, além de ser acolhida aqui, também foi adotada na Espanha, na Itália e em Portugal.

A doutrina nacional tece algumas críticas a respeito da aplicação dessa teoria. Afirma-se que poderia haver uma perda da clareza conceitual entre o Direito Privado e o Direito Público, descaracterizando aquele primeiro. Do mesmo modo, teme-se por uma aniquilação da autonomia da vontade. Acontece que, muito embora os receios da aplicação direta dos direitos fundamentais,

estes não são aplicados com a mesma intensidade nas relações entre particulares em comparação com as relações estabelecidas entre o indivíduo e o Estado. Deve haver sempre uma ponderação entre a aplicação do direito fundamental e a autonomia da vontade, para evitar excessos e possível violação de outros princípios constitucionais, tais como os da segurança jurídica, da isonomia e do Estado de Direito.

Ingo Sarlet (2001, p. 34) afirma que, por menor que seja a densidade normativa do preceito que positiva o direito fundamental, estes sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, não havendo que se falar atualmente em normas constitucionais destituídas de eficácia ou aplicabilidade. O autor enumera diversos efeitos jurídicos mínimos dos dispositivos que preveem os direitos fundamentais, merecendo destaque o efeito de gerar algum tipo de posição jurídico-subjetiva em sentido amplo. Logo, o Estado não poderia agir para negar o cumprimento dos deveres a prestação ou torná-los inócuos.

3. Reserva do possível e erosão da consciência constitucional

Como mencionado, os direitos fundamentais a prestações de cunho material (direitos sociais) se notabilizam por se submeterem às conjunturas econômicas. Sua efetivação vai depender da disponibilidade de recursos financeiros do Estado, o que se costuma designar por *reserva do possível*. O Estado dispõe de recursos escassos para atender uma gama enorme de interesses e necessidades e, portanto, precisa racional e organizadamente decidir como alocá-los de modo a buscar um resultado ótimo.

No voto proferido pelo eminente Ministro Gilmar Mendes no julgamento da STA nº 175, reconhece-se essa dificuldade financeira do Estado em atender ao interesse de todos, buscando fundamentos nesse ponto em doutrina estadunidense de Stephen Holmes e Cass Sunstein, *in verbis*:

“[...] as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da ‘reserva do impossível’, especialmente ao evidenciar a ‘escassez dos recursos’ e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que ‘levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez’ [...]”.

A análise da reserva do possível deve ser feita por três prismas. O primeiro deles é a possibilidade fática da prestação, que é justamente a disponibilidade de recursos financeiros necessários à satisfação do direito. Essa análise deve ser feita de forma universal. Vale dizer, tem que se analisar se é possível satisfazer a prestação para todos que dela precisam.

Mas não basta que haja possibilidade fática de cumpri-la, deve haver ainda possibilidade jurídica. Nesse caso, tem-se que analisar a existência de previsão orçamentária para cobrir as despesas, bem como a distribuição das competências federativas pela CR/88, para definir qual Ente Federativo é responsável por sua satisfação. A esse respeito, deve-se considerar que a previsão orçamentária não pode significar um limite absoluto para a não satisfação do direito, como se demonstrará logo abaixo, pois senão o Estado simplesmente não destinaria verbas dentro do orçamento para determinadas questões. E, no que se refere à competência, esta pode ser exclusiva de um Ente Federativo ou concorrente. Assim, muitas vezes o que é inviável de ser prestado por Município, pode não o ser para um Estado membro ou a União.

A análise da reserva do possível passa ainda por um critério de razoabilidade, como decidido pelo STF no julgamento da ADPF nº 45. O Estado não pode escusar-se de cumprir determinadas prestações sem ponderar a possibilidade de o fazer. O que se procura nessa medida é impedir que as normas programáticas se transformem em promessas constitucionais inconsequentes,

fraudando justas expectativas depositadas nos Poderes Públicos pela população. A norma programática é norma e é vinculante e traça diretrizes para o Poder Público que devem ser seguidas.

Se por um lado o Estado encontra-se limitado pela reserva do possível, de outro tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a ele que satisfaça as condições mínimas para que a pessoa possa gozar de uma vida digna. Essa diretriz do referido princípio é o que a doutrina chama de *mínimo existencial*.

Trata-se de construção jurídica de origem germânica do pós-guerra com o objetivo de superar a ausência de previsão expressa de direitos fundamentais sociais na Constituição de Bonn, de 1949. Aplicando essa teoria, a Corte Constitucional alemã extraiu um direito ao “mínimo de existência” dos princípios consagrados na Lei Fundamental, que deveria ter seu conteúdo definido progressivamente com base na casuística (KRELL, 1999, p. 247).

Nessa perspectiva, o mínimo existencial nada mais é do que um subgrupo dos direitos sociais, que abrange um rol mais amplo de direitos a prestações. O núcleo dos direitos sociais é exatamente o mínimo existencial.

De acordo com Ricardo Torres (1998, p. 128), não existe um rol de direitos específicos que integram o mínimo existencial. Por sua vez, Ana Paula Barcelos (2002, p. 305) arrola os seguintes direitos como integrantes do núcleo dos direitos sociais: saúde, educação (ensino fundamental), assistência aos desamparados e acesso à Justiça.

O STF já teve oportunidade de se pronunciar a esse respeito, tendo decidido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 482.611/SC que, em relação ao mínimo existencial, não se pode alegar a reserva do possível quando houver comprometimento do núcleo básico, sem especificar quais direitos o constituiriam, mencionando-se apenas os direitos à vida com dignidade, à liberdade e à segurança, de forma exemplificativa.

Pelo fato de a prestação encontrar-se vinculada à disponibilidade de recursos financeiros e à decisão de como aplicá-los, essas circunstâncias são utilizadas como principal argumento por aqueles que são contrários à possibilidade de o Poder Judiciário intervir na sua efetivação diante da omissão por parte do Poder Público. Nesse passo, a doutrina que defende tal posição passa a reconhecer as normas constitucionais que os preveem como meramente programáticas e sem força vinculante, como assentado ainda no voto do Ministro Gilmar Mendes. Acontece que, de acordo com o Ministro, o “mínimo existencial”, uma vez reconhecida sua vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser apreciado pelo Poder Judiciário, sendo certo que o direito à saúde é abrangido por esse núcleo “duro” de direitos.

Note-se que a CR/88 confere ao legislador e ao administrador uma margem substancial de autonomia para definir a maneira pela qual o direito social deverá ser assegurado. Em princípio, portanto, o Poder Judiciário não poderia intervir em esfera reservada a outro Poder para realizar os juízos de conveniência e oportunidade, de modo a controlar as opções legislativas e administrativas. Todavia, o princípio da separação dos Poderes não pode ser (inevitavelmente) utilizado, diante da incapacidade do Poder Executivo em cumprir os preceitos constitucionais a contento (KRELL, 1999, p. 241).

Efetivamente, ignorar a possibilidade de o Poder Judiciário analisar a aplicação de tais direitos teria consequências nefastas, como indicado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto proferido também no julgamento da STA nº 175. De acordo com esse ilustre Ministro, o caráter cogente e vinculante das normas programáticas, tantas vezes já reconhecido pelo STF, tem por escopo impedir que elas se transformem em promessas insequentas. A não observância pelo Poder Público dessas normas, ao fundamento de que serão instituídas apenas de um programa a ser seguido, mas

sem caráter cogente, resultaria no fenômeno da *erosão da consciência constitucional*, cunhado por Karl Löwenstein, que significa o preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita:

“O desprestígio da Constituição – por *inércia* de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (*‘Teoría de la Constitución’*, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos [...]”.

Nesse contexto, as normas que estabelecem “programas” que devem ser seguidos pelo Estado na concretização dos direitos constitucionalmente consagrados não devem ser vistas como recomendações ou “preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva” (KRELL, 1999, p. 240). Muito pelo contrário, a força normativa da Constituição e seu caráter vinculante foi uma das grandes conquistas do Direito Constitucional do pós-positivismo, como preleciona Luiz Roberto Barroso. A Constituição era vista como documento essencialmente político e a concretização de seus preceitos ficava condicionada à discricionariedade do legislador ou do administrador. A partir do reconhecimento, no entanto, de sua força normativa, de caráter vinculante e obrigatório, passou-se a reconhecer ao Poder Judiciário papel importante na efetivação de seu conteúdo, inclusive, de forma cogente (BARROSO, 2007, p. 05).

Além de não se poder esvaziar a força normativa da Constituição e o seu caráter

cogente, há outro princípio que deve ser respeitado pelo legislador infraconstitucional e pela Administração Pública na execução dos direitos sociais: o da *proibição de retrocesso*. Esse princípio foi expressamente lembrado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto proferido na STA nº 175, devido à sua pertinência com o tema do direito à saúde, *in verbis*:

“[...] em tema de direitos fundamentais de caráter social, [o princípio da vedação de retrocesso] impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário [...]”.

De acordo com a explicação de J. J. Canotilho sobre esse princípio, que também foi mencionado pelo Ministro, os avanços obtidos com a evolução social não devem retroceder e, para que isso não ocorra, o grau alcançado com o desenvolvimento passa a constituir *garantia institucional* e *direito subjetivo* do indivíduo que dele se beneficia:

“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 338).

4. Critérios para a atuação do Poder Judiciário em casos envolvendo o direito à saúde

Se por um lado a Administração Pública tem recursos escassos para aplicar na concreção do direito à saúde e, de outro, o

Poder Judiciário tem a missão de tutelar a violação ou ameaça de violação de direitos, para evitar alegações de interferência de um Poder em outro, o STF traçou critérios para a atuação dos magistrados diante de casos envolvendo o direito à saúde. Busca-se com tais critérios criar balizas legítimas para a atuação do Poder Judiciário em casos que reclamem sua atuação para garantir o direito à saúde e, em última instância, à vida, sem perder de vista as limitações fáticas e jurídicas que recaem sobre a Administração.

O reconhecimento do caráter cogente do artigo 196 da CR/88 afasta as alegações de interferência na esfera de atuação do Poder Executivo, pois a atuação do Poder Judiciário não seria para a construção de políticas públicas – função exclusiva da Administração e do Legislativo – mas para a concretização do direito à saúde diante de sua lesão ou ameaça de lesão. O indivíduo tem direito subjetivo a ver tutelado de forma positiva o seu direito de personalidade de saúde, o que ocorrerá, sob a perspectiva do Direito Público, por meio de aplicação do seu direito fundamental de mesma natureza. Para tanto, o magistrado, analisando as peculiaridades do caso concreto, não poderá perder de vista as limitações financeiras do Estado, a regulamentação estabelecida ou não pela ANVISA e pelo SUS, a natureza da doença que acomete o indivíduo, as possíveis soluções que a Medicina disponibiliza e a eficácia dessas medidas.

Vale ressaltar que a questão não se resume meramente à subsunção do fato à norma, para garantir ao indivíduo o recebimento de qualquer tipo de remédio ou sua submissão a qualquer tipo de tratamento. O magistrado haverá de considerar também, com base em informações que forem colhidas diante do caso concreto, as possíveis soluções médicas que atendam ao indivíduo, levando em conta se há ou não regulamentação a seu respeito por parte do Poder Executivo.

A abertura do processo judicial para informações não meramente jurídicas, trazidas com a efetiva participação das partes envolvidas, é o que tornará a decisão ao final legítima. Isso porque, como leciona Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 409), “o processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia”. Por essa razão, não basta a correção da decisão sob o ponto de vista jurídico, mas ela precisa também ser legítima. “O juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de compreendê-la a partir dos direitos fundamentais, no caso concreto.” (MARINONI, 2010, p. 410).

É ainda importante ressaltar que o Poder Judiciário não criará as normas para a efetivação do direito à saúde e muito menos traçará políticas públicas. O que de fato ocorre é que a grande maioria das normas infraconstitucionais já existe para tornar o direito concreto; o que falta, na verdade, é sua implementação pelo Poder Executivo. Diante disso, o Poder Judiciário vai apenas concretizar um direito existente, o que é totalmente diferente de criá-lo, como advogam alguns. Não há qualquer interferência indevida na esfera de atuação dos demais Poderes e nem mesmo “judicialização” do direito à saúde, mas somente concretização.

Para que a atuação do magistrado ocorra de forma harmônica no julgamento de casos dessa sorte, os critérios jurídicos estabelecidos pelo STF devem ser seguidos, conforme exposto no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, “verdadeiro divisor de águas nas decisões da Corte sobre a matéria”, nas palavras do Ministro Ayres Britto a seu respeito. A análise de tais critérios inicia-se pela verificação da existência ou não de políticas públicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) que abranjam a prestação de saúde pleiteada pela parte. Assim, tem-se:

- Se a prestação pleiteada estiver prevista entre as políticas públicas do

SUS, a ordem judicial é apenas para cumpri-la, não havendo dificuldades nesse caso.

- Porém, se a medida pleiteada pela parte não estiver entre aquelas contempladas pela política do SUS, deve-se passar para a análise de outras questões:

- *Vedação legal ao seu fornecimento pela Administração*: se o fármaco pleiteado não possuir registro na ANVISA, é proibido o seu fornecimento, não podendo o Estado ser condenado a fornecê-lo.

- *Decisão administrativa de não fornecer o medicamento*: o SUS decidiu administrativamente que a prestação de saúde pleiteada pela parte não deve ser custeada, por inexistirem evidências científicas suficientes que demonstrem sua eficácia. Nessa hipótese podem ocorrer duas situações:

1. *o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente*: nesse caso, o Poder Judiciário pode determinar o fornecimento de tratamento que atenda à peculiaridade do caso, desde que comprovada pelo autor da ação. Mas se o tratamento alternativo for suficiente, não há que se falar em fornecimento de tratamento diverso.

2. *o SUS, em sua rede e de acordo com suas políticas, não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia*:

a. Se houver tratamentos experimentais, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los, pois são regidos pelas regras de pesquisa médica.

b. Quanto aos tratamentos existentes na rede privada de saúde, mas que não foram ainda incorporados nas políticas do SUS, dever-se-á analisar as especificidades do caso concreto, com instrução processual, para buscar a conciliação da dimensão subjetiva do direito à saúde (direito individual) com sua dimensão objetiva.

Como se pode observar, seguindo-se os critérios estabelecidos na decisão proferida pelo STF na STA nº 175, é possível compor diversas situações. Passadas todas as hipóteses e mesmo assim não encontrada uma solução com base nesses critérios, que é o caso em que existem tratamentos previstos no setor privado mas que não foram incorporados ainda no setor público pelo SUS, restará ao julgador analisar as peculiaridades da espécie e julgá-lo com base nas diretrizes dos direitos fundamentais.

Nessa situação, em que ao juiz restará a difícil tarefa de ponderar os valores envolvidos, sugere-se aqui, com base nas lições de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 407), diretrizes para tornar o processo efetivo e a decisão legítima em casos dessa sorte, a saber:

(i) as partes deverão ter participação efetiva, é dizer, o juiz deverá conceder-lhes condições necessárias para influir no julgamento;

(ii) o juiz deverá, com base nas normas abertas, estruturar o procedimento segundo as necessidades do direito material e do caso concreto; encontra amparo legal para tanto no artigo 12 do Código Civil,*

(iii) deverá ainda o julgador assegurar a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais, assegurando ao réu a oportunidade de alegar suas matérias de defesa, sem restringi-las, de acordo com as peculiaridades da espécie em julgamento; na hipótese de ser necessário impor restrições às alegações do réu para assegurar a efetividade e celeridade do processo, deverão tais limitações observar a substância dos direitos fundamentais; e,

(iv) o magistrado deverá proferir decisão legítima, ou seja, decisão que confronte a lei infraconstitucional com os direitos fundamentais, dando abertura à participação e ao desenvolvimento argumentativo pecu-

* "Artigo 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."

liar ao caso, fundamentando racionalmente o decisum com base nas provas produzidas e argumentos apresentados.

Em suma, a tutela do direito à saúde é questão bastante complexa, não só porque envolve direito da personalidade integrante do mínimo existencial da pessoa, mas também porque, em se tratando de direito fundamental social, submete-se às contingências financeiras do Estado (reserva do possível). A intervenção do Poder Judiciário deve ser feita, portanto, com bastante cautela, avaliando-se as especificidades do caso concreto e levando-se sempre em conta a dimensão subjetiva e objetiva do direito fundamental envolvido.

Tratando-se de situação que não comporte julgamento com base nos critérios estabelecidos pelo STF, o cuidado deverá ser redobrado, sugerindo-se ao julgador garantir ao máximo a efetiva participação de ambas as partes e fundamentar suas decisões de acordo com o que foi exposto e provado nos autos, com base em argumentos racionais que levem em consideração a legislação infraconstitucional confrontada diante dos direitos fundamentais.

E por último, consoante decidido pelo STF, em se tratando de competência comum dos Entes da Federação, são eles responsáveis solidários na prestação do direito à saúde. Isso equivale a dizer que, caso um Ente não possua recursos financeiros suficientes para satisfazer o direito subjetivo, poderá o Ente superior ou inferior ser obrigado a prestá-lo, o que os tornam partes legítimas para figurar no pólo passivo da demanda.

Bibliografia

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direito de personalidade. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, Associação Mineira do Ministério Público, v. 22, p. 23-44, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, mar./maio 2007, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 16 abr. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos (um visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht: Besonderer Teil*. 4. ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Manuel Cândido. O novo código civil e os Direitos fundamentais. *Revista Trabalhista*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 199-211, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.