

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O poder judiciário e a efetivação  
do direito à saúde**  
Judiciary and the right to health

João Luis Nogueira Matias

Águeda Muniz

# Sumário

<b>ORDENAMIENTO AMBIENTAL DEL TERRITORIO Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN ARGENTINA: APORTES POSIBLES DESDE EL DERECHO .....</b>	<b>2</b>
María Valeria Berros	
<b>MATÉRIA AMBIENTAL NOS TRIBUNAIS DA AUSTRÁLIA E NOVA ZELÂNDIA .....</b>	<b>17</b>
Marcio Oliveira Portella	
<b>CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AS ÁREAS PROTEGIDAS NO BRASIL: DESAFIOS E TENDÊNCIAS DA ORIGEM DA CDB ÀS METAS DE AICHI .....</b>	<b>28</b>
Ana Paula Leite Prates e Marta de Azevedo Irving	
<b>DIMENSÕES LINGUÍSTICAS DA DESIGUALDADE NO BRASIL: OS DIVERSOS NOMES LEGAIS DE UM MESMO FENÔMENO.....</b>	<b>59</b>
Jefferson Carús Guedes	
<b>ECONOMIA, ÉTICA E TRIBUTAÇÃO: DOS FUNDAMENTOS DA DESIGUALDADE .....</b>	<b>77</b>
Rafael Köche e Marciano Buffon	
<b>A REPARTIÇÃO DE RENDAS ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO E SUA REPERCUSSÃO NA CARACTERIZAÇÃO DO FEDERALISMO BRASILEIRO: UMA INVESTIGAÇÃO ACERCA DO DESENVOLVIMENTO DO FEDERALISMO FISCAL-FINANCEIRO NO BRASIL.....</b>	<b>94</b>
Raquel Mousinho de Moura Fé	
<b>UMA AVALIAÇÃO DO ÍNDICE DE INCLUSÃO FINANCEIRA NOS ESTADOS DO NORDESTE BRASILEIRO .....</b>	<b>116</b>
Diego Araujo Reis e Osvaldo Sousa Ventura	
<b>FATORES DETERMINANTES DO ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DE SÃO PAULO.....</b>	<b>133</b>
Leandro Campi Prearo, Maria Clara Maraccini e Maria do Carmo Romeiro	
<b>AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO E DIFUSÃO DA CULTURA NO BRASIL E O CASO DO PROGRAMA NACIONAL DE APOIO À CULTURA.....</b>	<b>157</b>
Telma Rocha Lisowski	
<b>MOLDANDO A “RESERVA DO POSSÍVEL” NO TEMPO: A SUSTENTABILIDADE FISCAL COMO DIREITO DIFUSO FUNDAMENTAL.....</b>	<b>171</b>
Leonardo Romero Marino	

<b>O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>195</b>
João Luis Nogueira Matias e Águeda Muniz	
<b>EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL: OFERTA NA OMC, UMA REFLEXÃO DESMISTIFICADA, COM BASE EM DADOS ESTATÍSTICOS .....</b>	<b>208</b>
Marcel Vitor Guerra	
<b>A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS .....</b>	<b>224</b>
André Viana Custódio e Rafael Bueno da Rosa Moreira	
<b>A POLÍCIA JUDICIÁRIA E O COMBATE À CRIMINALIDADE .....</b>	<b>247</b>
Júlio Lopes Hott	
<b>PROCESSO ELEITORAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS.....</b>	<b>274</b>
Pablo Malheiros da Cunha Frota	
<b>SOCIEDADES PRIMITIVAS E DIREITO CONTEMPORÂNEO: DE QUE FORMA A JUSTIÇA TRIBAL PODE NOS AJUDAR A REPENSAR A NOSSA JUSTIÇA .....</b>	<b>303</b>
Amanda Rodrigues e Tiago Themudo	
<b>DIREITO PRIVADO, JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E O ARGUMENTO DA DUPLA DISTORÇÃO: UMA REVISÃO DA LITERATURA .....</b>	<b>318</b>
Leandro Martins Zanitelli	
<b>DISTORÇÕES NO CONTROLE CADASTRAL DAS ENTIDADES SINDICAIS E CONTRIBUIÇÃO SINDICAL .....</b>	<b>334</b>
Ricardo Bravo	
<b>PLÁGIO EM TRABALHOS ACADÊMICOS: PROPOSTA DE POLÍTICAS INSTITUCIONAIS DE INTEGRIDADE .....</b>	<b>354</b>
Maria Edelvacy Pinto Marinho e Marcelo Dias Varella	

# O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde \*

## Judiciary and the right to health

João Luis Nogueira Matias\*\*

Águeda Muniz\*\*\*

### RESUMO

O objeto do artigo versará sobre a efetivação do direito à saúde. Apesar de inúmeras políticas públicas que objetivam concretizar o direito fundamental à saúde, com o dispêndio de grande volume de recursos, é certo que as demandas sociais não têm sido atendidas, o que enseja a provocação do Poder Judiciário com a finalidade de torná-lo concreto. Os limites da atuação do Poder Judiciário compõem o núcleo do artigo. Na perspectiva do ideário liberal clássico, as funções do estado são bem delimitadas, impedindo o Poder Judiciário de atuar no controle das políticas públicas. Entretanto, a sociedade contemporânea exige um novo padrão de atuação, com o fim de tornar reais as promessas constitucionais. A partir da superação do ideário emanado da Revolução Francesa, postula-se uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário. São analisados aspectos práticos da efetivação do direito à saúde. A pesquisa é bibliográfica e documental.

**Palavras Chave:** Direito à saúde. Direitos fundamentais. Poder judiciário e efetivação de direitos.

### ABSTRACT

The paper will focus on the right to health. Despite numerous public policies aimed at the fundamental right to health, with the expenditure of large amounts of resources, it is certain that social demands have not been met, which entails the provocation of the judiciary in order to make it concrete. The role of the judiciary limits make up the core of the article. From the perspective of classical liberal ideas, state functions are well defined, preventing the judiciary from acting in the control of public policies. However, contemporary society requires a new standard of performance in order to make real the constitutional promises. From the overcoming of the ideas emanating from the French Revolution, it is postulated a new role of the judiciary action. It will be analyzed practical aspects of the achievement of the right to health. The research is bibliographical and documentary.

**keywords:** Right to health. Fundamental rights. Judicial action and enforcement of rights.

\* Artigo convidado

\*\* Juiz Federal. Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e do Curso de Direito da Faculdade Sete de Setembro. Pós-Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Público pela UFPE (2003). Doutor em Direito Comercial pela USP (2009). E-mail: joaoluism@uol.com.br

\*\*\* Secretária de Urbanismo e Meio Ambiente do Município de Fortaleza/CE. Coordenadora do Curso de Arquitetura e Urbanismo da Faculdade Sete de Setembro. Doutora em Urbanização e políticas públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2012).

## 1. INTRODUÇÃO

O paradigma decorrente da tríade de valores emanados da revolução burguesa (liberdade, igualdade e fraternidade), em sua feição clássica, já não embasa e delimita o exercício do poder na contemporaneidade. Novos padrões são exigidos para atender às demandas sociais, sendo necessário novo modelo de repartição de funções, compatível com o estado democrático de direito.

No estado democrático de direito é exigido que o Poder Judiciário assegure a concretização das promessas constitucionais, efetivando os direitos fundamentais, entre os quais o direito à saúde. É exatamente em relação ao direito à saúde que o Poder Judiciário tem sido provocado com mais intensidade, em todo o Brasil, com o objetivo de torná-lo concreto, o que tem causado muito debate doutrinário e jurisprudencial.

No presente artigo, inicialmente delinea-se o perfil atual da ordem jurídica, consequência da feição estatal contemporânea. Após, passa-se à abordagem da atuação do Poder Judiciário no novo contexto social e jurídico. Na sequência, será caracterizado o direito à saúde como direito fundamental e abordadas as peculiaridades da sua efetivação, com foco centrado em aspectos práticas.

## 2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A ORDEM JURÍDICA

Muito se tem falado sobre os direitos fundamentais, contudo, o que mais tem causado debates acadêmicos e pretorianos é a questão referente à sua efetivação.<sup>1</sup> O tema é intrinsecamente vinculado ao perfil de estado e à função da ordem jurídica na contemporaneidade.

Certo é que na República Federativa do Brasil estabeleceu-se o estado democrático de direito, como consequência de duas ideias que se consagraram contemporaneamente: a constitucionalização e a democracia.<sup>2</sup>

A constitucionalização como expressão da limitação de poderes, da restrição da atuação do poder estatal, que passa a ser submetida a parâmetros previamente definidos. A democracia como reconhecimento da titularidade do poder soberano ao povo. Estas são as bases do estado democrático de direito, que é superação dos paradigmas do estado liberal e do estado social.

O estado liberal era expressão de uma forte crença no mercado, considerado como entidade autônoma, regida por regras próprias, absolutas. No ponto de vista econômico, eram então prevalentes as ideias econômicas da escola fisiocrática, que visualizam a economia como uma ordem natural. Tais ideias foram aprimoradas pela obra de Adam Smith, expoente maior da teoria clássica, a partir da alegoria da mão invisível. No âmbito jurídico predicava-se que ao direito competia a função de ofertar os instrumentos para que os indivíduos pudessem, no uso de sua liberdade, alcançar os fins desejados.<sup>3</sup> Definida a economia de forma natural, ao estado somente era permitido interferir de forma acessória, por meio de ações meramente preventivas e repressivas.<sup>4</sup>

A função da ordem jurídica do estado liberal é garantir a paz social, através da previsão dos valores reputados interessantes socialmente e da repressão às condutas contrárias aos valores previamente estabelecidos. Prevalece, assim, a ideia de restrição da atuação do Estado e proteção da liberdade individual.

As Constituições brasileiras de 1824 e 1891 são emanações do pensamento liberal clássico, assim como também as Constituições de 1934 e 1937. Nas últimas, entretanto, já eram refletidos, em certos aspectos, novos valores que tinham por objetivo mitigar o radicalismo do pensamento liberal.

1 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991 e ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002.

2 BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

3 IRTI, Natalino. *L'Ordine giuridico del mercato*. Bari: Laterza, 2001.

4 MONCADA Cabral de, Luís. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra edições, 1988.

No artigo 115, da Constituição de 1934, era estabelecido que a ordem econômica devia ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna, limites em que poderia ser exercitada a liberdade econômica.

Na Constituição de 1937 atribuía-se ao Estado a possibilidade de coordenação da produção e estimulava-se o incentivo à competição com repressão dos crimes contra a economia popular. Sob a sua égide foram editadas as primeiras leis de proteção à concorrência.

A este tempo, como reflexo e reação aos excessos do ideário liberal, brotaram ideias socialistas, que tinham por objetivo libertar o homem. A aplicação do ideário socialista, contudo, não se mostrou capaz de atingir os seus objetivos, acarretando mais opressão.

Não se pode deixar, porém, de valorizar as reflexões que decorreram do ideário socialista, que tornaram mais clara a necessidade de reformulação da concepção liberal de vida. A liberdade assegurada aos particulares, muitas vezes em flagrante situação de desequilíbrio econômico, mais do que libertar escravizava. O estado liberal era incapaz de assegurar justiça social.

No âmbito da economia, a resposta às novas reflexões se deu por meio da síntese Keynesiana, que destaca a instabilidade estrutural do sistema capitalista e a impossibilidade de compreensão do mercado como sistema autônomo. O autor destaca a necessidade de implantação de políticas públicas.

A Constituição de 1946 já reflete as novas ideias, moldando o estado em novo formato, atribuindo-lhe poderes para a intervenção no domínio econômico.

A ordem jurídica passa a ser utilizada como instrumento de interferência nas relações sociais, não se restringindo mais à função típica de controle social, passando a ser utilizada para incentivar a adoção de condutas reputadas interessantes. O direito passa a ser usado como instrumento de realização de políticas públicas, ou seja, passa a ser instrumento de mudanças sociais.

Com o novo padrão de atuação do estado, operou-se importante modificação no ambiente econômico, até nas concepções da teoria neoliberal é admitida a atuação do estado na prevenção e controle das injustiças sociais.<sup>5 6</sup>

É certo que houve grande avanço na superação das injustiças sociais na evolução do estado liberal para o estado social, entretanto, enquanto perdurou o perfil do estado de direito social a efetividade das normas constitucionais era restrita, não havia mecanismos de garantir a efetiva realização das promessas contidas na lei maior. Em doutrina, a este tempo, pregava-se que alguns das normas da constituição eram puramente programáticas, ou seja, somente seriam concretizadas quando possível.

A mudança de maior impacto na feição do estado se deu com a concepção de que os princípios e normas constitucionais não são previsões programáticas, mas que devem ser concretizadas. Trata-se do paradigma do estado democrático de direito, como já aventado.

Em suma, caracteriza-se o novel paradigma pela escolha democrática dos valores constitucionais, os quais tem força executória, devendo ser concretizadas por meio de políticas públicas. A força normativa das normas constitucionais impõe que todos os esforços sejam empreendidos para a sua concretização, especialmente para a concretização dos direitos fundamentais.

Qual o papel reservado ao Poder Judiciário na busca da efetivação dos direitos fundamentais? É o que será analisado no próximo capítulo.

5 BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Edizione di comunità, 1977.

6 AVELÃS NUNES, Antônio José. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

### 3. O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o estado democrático de direito, novos padrões substituíram os modos clássicos de abordagem da ciência jurídica.

Para uma ordem jurídica que atenda as demandas atuais, predica-se a prevalência dos valores constitucionais, característica do fenômeno que se denomina neoconstitucionalismo, relegando a norma jurídica, abstrata e formal, a segundo plano, com o objetivo de permitir mais flexibilidade na interpretação e aplicação do direito. Defende-se, ainda, que a aplicação da norma não se processe por mero juízo de subsunção, mas que haja ponderação à luz das circunstâncias do caso concreto. Sustenta-se que a ordem jurídica seja delineada a partir dos princípios e regras constitucionais, que vinculam ao legislador infraconstitucional e ao aplicador do direito. Por fim, exige-se que a interpretação e aplicação dos valores constitucionais se dê pelo Poder Judiciário, como forma de garantia de sua eficácia.<sup>7</sup>

Como se vê, exige-se nova postura do aplicador do direito de uma forma geral e, especialmente, do Poder Judiciário, que não pode se omitir na concretização dos direitos fundamentais. É necessário deixar de lado o perfil que privilegia abordagens dogmáticas e formais.<sup>8</sup>

Nobre Júnior destaca que a possibilidade dos órgãos judiciais proferirem deliberações para obrigar o governo a desenvolver ações para a concretização dos direitos fundamentais depende, do grau de comprometimento do Estado com as normas constitucionais.<sup>9</sup> A Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo primeiro, dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, estabelecendo alto grau de comprometimento do poder público no Brasil com a efetivação dos direitos fundamentais.

Esse novo modelo de atuação do Poder Judiciário não vem sendo bem compreendido e, por vezes, tem acarretado alguns excessos, consubstanciados nas decisões sem fundamentação lógico-jurídica, meros “decisionismos judiciais”. Não é o que se defende. Ao juiz impõe-se o dever de fundamentar a sua decisão, com coerência lógica e vinculação às normas jurídicas. Também é seu dever permitir o acesso democrático das partes e, quando foi o caso, do Ministério Público, ao processo, a fim de que possam interferir na formação da sua convicção.

Se uma nova “praxis” é necessária, certamente novos fundamentos que a embasem também devem ser formulados.

#### 3.1. Por uma nova tríade de valores que embase o exercício das funções do Estado

É inconcebível que o direito ainda se module pela tríade de ideias decorrentes da tradição da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. No contexto do estado democrático de direito, requer-se uma fundamentação que permita soluções adequadas às demandas sociais.

Erhard Denninger tem proposto novo paradigma, centrado nas ideias de segurança, diversidade e solidariedade.<sup>10</sup>

Defende o autor que mais do que a certeza da liberdade individual dos cidadãos, deve-se impor a atuação estatal para protegê-los de danos ou riscos sociais, técnicos ou ambientais, no que se inclui a questão da saúde. Propõe que se evolua da liberdade à segurança.

7 STRECK, Lênio Luiz. A Hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: CONSTITUIÇÃO, sistemas sociais e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 153-185.

8 STRECK, Lênio Luiz. A Hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: CONSTITUIÇÃO, sistemas sociais e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 153-185.

9 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos*. Curitiba: Juruá, 2011.

10 DENNINGER, Erhard. “Security, Diversity, Solidarity” instead of “Freedom, Equality, Fraternity”. *Constellations*, Oxford, v. 7, n. 4, p. 507/521, 2000.

Sustenta o autor que não se pode tomar por igualdade a mera submissão geral à lei, deve ser recordado que a igualdade meramente formal mais oprime do que liberta. Tem-se que incentivar e reconhecer necessidades específicas de cada grupo social, devendo aos mesmos ser assegurado expressar as suas necessidades/demandas. Deve-se procurar estabelecer mecanismos de proteção contra discriminações, especialmente com a compensação de desequilíbrios historicamente consolidados. Propõe o autor que se evolua da igualdade à diversidade.

Postula o autor atuações mais incisivas que transformem a fraternidade em solidariedade, entendida como disposição de olhar para o outro, de respeito, de acolhimento do sentimento comum.

A nova tríade de valores está em sintonia com a Constituição Federal de 1988, que tem entre os seus objetivos a de construir uma sociedade livre, justa e solidária e embasa a nova forma de atuação do Poder Judiciário.

### **3.2. A atuação do Poder Judiciário na concretização das promessas constitucionais**

Diante do contexto jurídico atual, das transformações sofridas pela ordem jurídica e das novas responsabilidades do Poder Judiciário, levado à condição de agente transformador da sociedade, o que se exige de um juiz? Que ele efetive direitos, que concretize as previsões abstratas previstas na Constituição Federal. Para isso, não raro compete aos juízes determinar a instauração de novas políticas públicas ou a correção de políticas em efetivação.

A atuação mais incisiva da magistratura tem ensejado muitas críticas, sob os mais variados argumentos, entre os quais: (i) a independência entre os poderes, que tornaria impossível ao Poder Judiciário intervir na seara da administração e, portanto, nas políticas públicas; (ii) a falta de legitimação dos magistrados (o magistrado não atua por ato próprio, mas com a finalidade de restabelecer a vontade do constituinte ou do legislador) e (iii) a impossibilidade do Poder Judiciário impor interferência no orçamento público.

As críticas não se sustentam e devem ser refutadas:

O Poder Judiciário deve intervir na seara da administração, deve atuar impondo a realização de políticas públicas, quando ocorrer omissão dos demais poderes, assim como deve atuar no controle da realização e efetividade das políticas públicas. Se a constituição prevê valores, estipula direitos fundamentais a serem efetivados e há omissão do estado na sua concretização, é dever do Poder Judiciário atuar para a sua concretização.

Na sociedade contemporânea, em que a segurança dos indivíduos pode ser afetada por riscos imprevisíveis e imensuráveis, as políticas públicas podem não ser suficientes para a efetivação do direito à saúde, demandando a implantação de novas políticas ou a correção das já em aplicação. A interposição de demandas judiciais pode assegurar a agilidade necessária à segurança dos indivíduos.

O argumento da falta de legitimidade dos magistrados, segundo o qual o magistrado não atua por ato próprio, mas apenas com a finalidade de restabelecer a vontade do constituinte ou do legislador, não pode ser acolhido.

A legitimação dos magistrados decorre da escolha dos seus membros por meio de concurso público e da elaboração da decisão em estrita conformidade com o regime constitucionalmente previsto.

A escolha por concurso é democrática, sendo facultado o acesso a todos os que atendam aos critérios de escolha. Não é razoável admitir que somente a escolha popular assegure legitimidade. Na verdade, muitas vezes a escolha popular pode ser viciada, permitindo a eleição de pessoas descomprometidas com o interesse público.



Após o ingresso, a atuação dos órgãos de controle, especialmente do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, e de correição do Poder Judiciário assegura a correção dos desvios de conduta eventualmente praticados, reforçando a legitimidade dos juízes.

A fundamentação das decisões ao regime jurídico constitucional assegura previsibilidade e certeza à aplicação das normas. A adequação jurídica das decisões sempre pode ser aferida pelos mecanismos internos de controle, como os recursos processuais. As decisões que não se enquadrem no padrão podem ser modificadas pelos órgãos superiores, assegurando a coerência do sistema.

Por fim, também não deve prevalecer a argumentação de que o Poder Judiciário não pode interferir no orçamento, o que causaria dano à economia pública. A intervenção é restrita à efetivação das decisões, como resultado da omissão do estado.

O orçamento é peça vital na organização do estado, permitindo o planejamento e execução de suas funções. Como tal, deve ser elaborado democraticamente e pode ser submetido ao controle do Poder Judiciário. Nos termos da Constituição Federal, é certo que compete ao Congresso Nacional, após o envio pelo Poder Executivo, aprovar a peça orçamentária, contudo, se é regra que não pode o Poder Judiciário intervir nesse processo, de forma excepcional, para a efetivação das decisões que tem por objetivo efetivar direitos fundamentais, possível é a interferência.

Na verdade, a decisão que determina a efetivação de direitos fundamentais, como o direito à saúde, implica na alocação dos recursos para isso necessários, o que deve ser promovido pela administração. Diante da inexistência de orçamento específico, impõe-se a modificação do orçamento para o atendimento à decisão que busca dar efetividade à Constituição Federal.

As decisões devem ponderar os gastos a serem realizados. Deve-se ter em mente que a eficiência econômica não é diretriz essencial para a eficiência jurídica, mas as decisões judiciais impactam a economia e o juiz não deve agir em conformidade com o brocardo latino *fiat justitia e pereat mundus*<sup>11</sup>. Os excessos devem subsidiar a revogação de decisões liminares.

É importante na caracterização do excesso o limite da reserva do possível, ou seja, exige-se que o magistrado deve ponderar a razoabilidade individual/social da pretensão com a situação financeira do Estado. Entretanto, a mera alegação de dificuldade financeira não é bastante para evitar a obediência à ordem judicial, é necessária a demonstração clara da inviabilidade do cumprimento.

Também não pode o cumprimento da obrigação afetar o mínimo existencial, definido pelas condições mínimas de existência que preservam a dignidade humana.<sup>12</sup>

Em sintonia com o exercício equilibrado das funções do estado, detectada e sanada a omissão no cumprimento da Constituição Federal, compete à administração remodelar o orçamento e dar efetividade à Lei Maior.

É fato que pode haver excesso na atuação do Poder Judiciário, entretanto, os mecanismos internos de controle garante a adequação aos padrões constitucionalmente fixados. O Poder Judiciário não se omitir no dever de concretizar os direitos fundamentais.

Passa-se a análise do direito fundamental à saúde.

11 WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p.539-568, jul./dez. 2008.

12 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos*. Curitiba: Juruá, 2011.

## 4. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A ideia de fundamentalidade pode ser considerada sob dois aspectos, o formal e o material.<sup>13</sup> Fundamentais, no ponto de vista formal, são os direitos que são elencados no topo da pirâmide normativa, ou seja, na Constituição. Por meio dessa concepção, demarcam-se as balizas da ordem jurídica e vinculam-se os poderes públicos. Fundamentalidade material, por sua vez, identifica os direitos fundamentais em razão de seu conteúdo, que constitui e define as estruturas básicas do Estado e da sociedade. Nesse aspecto, podem ser entendidos como direitos fundamentais outros direitos que não os previstos na Constituição Federal, quando a eles equiparados em dignidade e relevância. Assim, o critério não é apenas o de localização topográfica.

A noção está em constante evolução, nela, ao longo dos tempos, tem se inserindo uma gama de novos direitos, resultado das transformações sociais e de novos papéis assumidos pelo Estado.

Mas qual a importância prática de definir direitos fundamentais? A caracterização de direitos fundamentais, além permitir a irradiação dos valores centrais da ordem jurídica para normas inferiores, possibilita a proteção dos particulares diante do Poder Público e de terceiros e a exigência de prestações do Estado.

Sobre o direito à saúde, a Constituição Federal de 1988 estipula:

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

Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, alimentação

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

Dos referidos dispositivos depreende-se que a ordem constitucional vigente consagrou o direito à saúde como dever do Estado, a quem incumbe à adoção de medidas que visem a proteção, promoção e recuperação da saúde, propiciando, quando for o caso, o tratamento mais adequado e eficaz ao paciente que dele necessitar.

Assim, tanto do aspecto formal como material não há dúvida sobre a caracterização do direito à saúde como direito fundamental.

Muitas vezes, a efetivação do direito à saúde pressupõe a atuação imediata do Poder Judiciário, seja para determinar a criação de novos protocolos, a modificação dos atualmente existentes ou para assegurar a internação em centros de saúde.

## 5. ASPECTOS PRÁTICOS DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

No presente capítulo, serão analisados alguns aspectos dos provimentos judiciais que objetivam efetivar o direito à saúde.

### 5.1. Sobre a concessão de provimentos liminares

A palavra liminar vem do latim “liminaris”, de limen (porta, entrada, soleira), significando os provimentos judiciais que antecedem a decisão final da demanda.

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Entende-se que há provimento liminar sempre que seja anterior à sentença, com ou sem a manifestação do réu, embora alguns artigos do Código de Processo Civil associem a palavra aos provimentos proferidos sem a manifestação da parte adversa. Na verdade, pode-se considerar que há um conceito amplo de liminar, que engloba qualquer provimento judicial que antecipa decisões, com caráter de garantir o provimento final ou de antecipá-lo. Em uma acepção mais restrita, toma-se o conceito como provimento que garante a decisão futura a ser proferida.

As liminares para serem concedidas devem atender aos seus pressupostos, requisitos e condições. Os pressupostos são os elementos indispensáveis para que o suporte fático ingresse no plano da existência. Já os requisitos são as qualidades que esses elementos têm que possuir para ingressar no plano da validade, como a competência do juiz. As condições são fatores extrínsecos que são exigidos para que o suporte fático opere efeitos no plano da eficácia, como a intimação do réu.

Tanto no Código de Processo Civil, na regulação do procedimento ordinário, no processo de conhecimento, como no processo cautelar, assim como em determinados procedimentos específicos, são estipulados pressupostos para a concessão do provimento liminar como, por exemplo:

- (i) **Para a concessão de antecipação de tutela:** artigo 273, caput do Código de Processo Civil: “[...] desde que existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.”
- (ii) **Para a concessão de liminar em medida Cautelar:** artigo 801, do CPC: “[...] exposição sumária do direito ameaçado e do receio da lesão”.
- (iii) **Para a concessão de liminar em mandado de segurança:** artigo 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009: “[...] quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”.

A função das medidas de urgência termina por aproximar os pressupostos, embora seja possível a distinção técnica entre eles. Mas, de forma genérica, pode-se tomar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* como os pressupostos da concessão de medidas de urgência, caracterizados a partir das noções de evidência e urgência.

Para a exata compreensão da exigência dos pressupostos da concessão de provimentos liminares, importante é a compreensão da linguagem técnico-jurídica.<sup>14</sup> A esse respeito, apesar da aparente exigência de constatação de ambos os pressupostos, casos há em que a efetivação do direito fundamental torna necessária a concessão do provimento mesmo diante de apenas um dos requisitos.<sup>15</sup>

A concessão de tutelas de urgência pressupõe de forma necessária a existência de ambos os pressupostos? Nem sempre. Podem existir situações em que apenas um dos pressupostos se faça presente, mas de forma tão intensa que supre a ausência, como nos casos que se seguem:<sup>16</sup>

Pode haver a concessão de liminares quando presente apenas o *fumus boni iuris*. São as chamadas tutelas de evidência extremada pura. O direito é tão evidente que aguardar o final do processo soa exagerado ou extremo, embora não se constate a evidência do perigo de dano.

No âmbito do direito à saúde, pode ser manifestação da presente hipótese a situação em que, por exemplo, o plano de saúde, de forma flagrante e inequívoca, recusa tratamento indevidamente, mesmo que o tratamento não seja urgente.

Pode haver a concessão de liminares quando presente apenas o perigo de dano. Tratam-se das tutelas de urgência extremada pura. O perigo de irreversibilidade do dano é máximo.

14 WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre, S. A. Fabris, 1995.

15 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

16 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

No âmbito do direito à saúde, pode ser manifestação da presente hipótese a situação em que, por exemplo, seja interposta a medida de urgência em razão da extrema necessidade de realização de operação ou internamento, com flagrante risco de morte, mesmo que não haja a clareza sobre o direito.

Diversas outras combinações entre os pressupostos podem ser apontadas, como a tutela de evidência extremada e urgência não extremada, mas existente; a tutela de urgência extremada e evidência não extremada, mas existente; a tutela de evidência e urgência extremadas e a tutela de evidência e urgência não extremadas, mas existentes, como bem expõe Costa.<sup>17</sup>

Compete ao aplicador do direito, com a devida análise do caso concreto, promover a combinação dos pressupostos ou a dispensa de um deles, para a concessão do provimento liminar, sempre considerando que os pressupostos podem ser mensurados por critérios de variabilidade e graduabilidade, sendo admitida a possibilidade de compensações entre eles. Assim, visualiza-se a hipótese em que um dos pressupostos pode estar presentemente apenas minimamente, enquanto o outro pode ser, inequivocamente, presente, operando-se a compensação.<sup>18</sup>

Com se constata o pressuposto da evidência? A constatação depende das demandas postuladas.

Na concessão de medicamentos, por exemplo, deve-se exigir a comprovação da hipossuficiência do requerente, da eficácia terapêutica do fármaco e da inexistência de tratamento equivalente fornecido pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

Se o requerente dispõe de recursos suficientes para a aquisição do remédio, não compete ao poder público fornecê-lo gratuitamente. A hipossuficiência deve ser aferida no caso concreto, podendo ser pressuposta nas demandas interpostas pelas defensorias públicas.

A eficácia terapêutica do fármaco tem por pressuposto a aprovação pela ANVISA e a demonstração de sua utilidade e eficácia para o tratamento do requerente.

Já a inexistência de tratamento equivalente oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, reconhece a necessidade de otimização dos recursos públicos, devendo ser acolhida a opção do poder público. Admite-se, entretanto, a demonstração da maior eficácia do tratamento postulado, afastando a equivalência entre os tratamentos.

Presentes tais elementos, entende-se que a evidência do direito se faz presente, devendo o provimento liminar ser concedido.

Nas demandas de internação, deve ser constatada a real necessidade da internação e considerada a impossibilidade de excluir paciente já internado do leito que ocupa.

Assim, cada demanda específica tem seus pressupostos de caracterização da evidência, que devem ser demonstrados para afastar os decisionismos.

É muito frequente que o poder público questione as medidas liminares concedidas em ações que tem por objetivo tornar concreto o direito à saúde. Entre os argumentos mais utilizados, constam a fuga ao regime do pagamento por meio de precatórios e a abordagem não isonômica entre os indivíduos.

O argumento da fuga ao regime dos precatórios, contudo, não devem ser acolhido. A sistemática de pagamentos por meio de precatórios é aplicada aos pagamentos ordinários, não aos emergenciais, sobretudo com a finalidade de dar efetividade ao direito à saúde.

Como esperar pelo acesso ao medicamento ou pela urgente internação? A sistemática de pagamento por precatórios é inviável com o acesso à saúde.

17 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

18 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

O argumento do tratamento não isonômico entre os indivíduos, pela concessão de medida liminar que assegurará o direito à saúde de forma individual, também não é suficiente para a revogação dos provimentos liminares concedidos.

Ideal é a situação em que os provimentos judiciais assegurem o acesso coletivo ao direito à saúde, o que geraria a melhor alocação dos recursos públicos e evitaria tratamentos diferenciados, contudo, não se pode negar a efetivação do direito à saúde ao indivíduo que postula perante o Poder Judiciário a sua proteção.

## 5.2. Responsabilidade solidária dos entes públicos

A jurisprudência pátria firmou-se no sentido de que, tratando-se de tutela do direito à saúde, há responsabilidade solidária da União, dos Estados e Municípios. Deste modo, tanto a União quanto os Estados e Municípios têm legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, individual ou coletivamente, pois todos têm competência concorrente para tratar do tema.<sup>19</sup>

A eventual organização dos serviços a serem prestados e respectivos custos pode ser alegada entre os entes públicos não perante o indivíduo. Há nítido direcionamento de descentralização dos serviços, mas não acarreta tal organização a exclusão da solidariedade prevista constitucionalmente.

## 5.3. Legitimação ativa do Ministério Público

Impõe-se reconhecer também a legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizar ações civis públicas que tenham por objeto a tutela do direito à saúde, por se tratar de demanda que visa tutelar interesse difuso, com esteio nos art. 127 e 129 da Constituição Federal:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Em alguns casos, o Ministério Público tem interposto ações para a efetivação do direito à saúde de indivíduos isolados. Embora a melhor opção seja a interposição de ações coletivas, entende-se que não impedimento de que o Ministério Público busque a efetivação do direito à saúde para indivíduos isolados, em razão da natureza do bem jurídico a ser tutelado.

19 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Corte Especial firmou a orientação no sentido de que não é necessário o sobrestamento do recurso especial em razão da existência de repercussão geral sobre o tema perante o Supremo Tribunal Federal (REsp 1.143.677/RS, Min. Luiz Fux, DJe de 4.2.2010). 2. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema. 3. Agravo regimental não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRESP 1159382. Segunda Turma. DJE 01/09/2010.

## 5.4. Beneficiários

Qualquer pessoa pode reclamar tratamento no Sistema Único de Saúde - SUS, mesmo que possa custear na rede privada, desde que seja o serviço ofertado pelo sistema. Se o tratamento não for ofertado pelo SUS, mas somente na área privada, a responsabilidade do Estado é subsidiária, alcançando apenas aqueles que não podem custear o tratamento com recursos próprios sem prejudicar a sua sobrevivência.

Tais regras são expressão do princípio da solidariedade social, previsto no artigo 3º, da Constituição Federal, que impõe o amparo mais amplo do Estado aos vulneráveis economicamente.

## 6. CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea exige novos parâmetros de repartição das funções do Estado. É que no estado democrático de direito, os direitos fundamentais gozam de execução imediata, cabendo ao Poder Público torná-los efetivos. Se a administração não efetiva os direitos fundamentais, impõe-se que o Poder Judiciário atue para a sua concretização.

A maior resistência ao novel modelo de atuação do Poder Judiciário decorre da apreciação da questão sob a influência da tríade de valores decorrentes da revolução liberal-burguesa, incompatível com a sociedade contemporânea. A Constituição Federal é transformadora, estabelece o objetivo de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, o que somente será possível se a liberdade for tomada como segurança, a igualdade como diversidade e a fraternidade como solidariedade. O novo paradigma impõe a atuação mais incisiva do Poder Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais, entre os quais o direito à saúde.

Entre as principais críticas contra a efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, se destacam a quebra da independência entre os poderes, a falta de legitimação dos juízes e a possibilidade de ofensa à economia pública, principalmente pela interferência no orçamento. Como foi visto, os argumentos não devem ser acolhidos.

Na prática da efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, tem sido reconhecida a responsabilidade solidária dos entes públicos, a ampla concepção dos beneficiários e a legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa dos particulares, de forma coletiva ou individual. Muito frequentemente são concedidos provimentos liminares que asseguram o direito à saúde, baseados na constatação dos pressupostos da evidência ou da urgência e, não raro, de apenas um deles.

Conclui-se que a atuação do Poder Judiciário para a concretização do direito fundamental à saúde está em perfeita sintonia com o novo papel que lhe é reservado no estado democrático de direito. Os eventuais excessos podem ser adequados por meio dos mecanismos internos de controle do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002.
- AVELÃS NUNES, Antônio José. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: \_\_\_\_\_. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Edizione di comunità, 1977.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília*: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 3 abr. 2015

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DENNINGER, Erhard. Security, Diversity, Solidarity instead of Freedom, Equality, Fraternity. *Constellations*, Oxford, v. 7, n. 4, p. 507-521, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

IRTI, Natalino. *L'Ordine giuridico del mercato*. Bari: Laterza, 2001.

MONCADA Cabral de, Luís. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra edições, 1988.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos*. Curitiba: Juruá, 2011.

WANG. Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p.539-568, jul./dez, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre, S. A. Fabris, 1995.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.