

# DIREITO À SAÚDE: DO RECONHECIMENTO À JUDICIALIZAÇÃO

Ana Rafaely Tomaz da Silva<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo objetiva traçar a evolução do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. A discussão inicia-se abordando a forma como a saúde ganhou espaço na Constituição Federal/88, tratando de seus principais aspectos no texto fundamental e passa pelas principais teorias suscitadas acerca do tema, culminando então nas demandas judiciais travadas entre os cidadãos e o Estado na concretização desse direito (judicialização).

**Palavras-chave:** Saúde; Direitos sociais; Judicialização;

## 1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde encontra guarida na dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, contudo, somente recebeu tratamento constitucional com o advento da Constituição Federal de 88.

Reconhecido como direito social, o direito à saúde é alvo de incansável discussão no que concerne a sua aplicabilidade, embora a Carta Magna não tenha deixado dúvidas quanto a este ponto. De toda sorte, a efetividade desse direito é margem para teorias que buscam estabelecer um equilíbrio entre as demandas sociais e as possibilidades do Estado na prestação da saúde.

A discussão acerca da aplicabilidade do direito à saúde também tem servido de obstáculo na concretização desse direito, uma vez que abriu precedente para o principal argumento utilizado pelo Estado como matéria de defesa na negativa da prestação de serviços de saúde, sendo a escassez dos recursos públicos.

## 2. A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu Art. 1º, Inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa e é nesse contexto que o direito a uma vida saudável exsurge, porquanto não há vida digna sem saúde.

A dignidade é atributo inerente à essência da pessoa, porém não é possível concebê-la sem qualidade de vida, cuja concepção implica o caráter substancial da saúde<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 5º ano do Curso de Direito da UEMS, Unidade Universitária de Dourados.

Nesse passo, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>3</sup> assinala que o direito à saúde é tão fundamental que sua previsão constitucional seria até dispensável, pois uma vez tutelados os direitos à vida e à integridade física, a saúde também estaria tutelada.

O reconhecimento dos direitos sociais como instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana vem ganhando força na doutrina pátria<sup>4</sup>. Não obstante, no Brasil, o direito à saúde somente foi reconhecido como direito fundamental com a promulgação da Carta Magna de 1988.

Assim, José Afonso da Silva aduz:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica (...) <sup>5</sup>.

Até a década de 1930, sequer existiam ações públicas de natureza curativa, as quais ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade, situação que perdurou até a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e dos Institutos da Previdência – IAP's, que ofereciam serviços de saúde. Todavia, o sistema restringia-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência, isto é, a saúde pública não tinha caráter universal como nos dias atuais em que todos são beneficiários, independentemente de se pertencer a uma categoria profissional ou de qualquer contribuição específica, posto que somente os trabalhadores regulares ou contribuintes autônomos tinham acesso à saúde da Previdência Social<sup>6</sup>.

De fato, até a promulgação da ordem constitucional em vigor, o Estado brasileiro não se responsabilizava pela saúde de uma gama imensa de sua população, de modo que deixava as pessoas não abrangidas pela Previdência Social e que não possuíam condições financeiras de contratar serviço de saúde privado à mercê da caridade realizada pelas famosas Santas Casas de Misericórdia<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

<sup>4</sup> SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 308.

<sup>6</sup> BARCELLOS *in* BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2163-2164.

<sup>7</sup> PINHEIRO, Naide Maria. **Estatuto do Idoso Comentado**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012, p. 173.

Com *status* de direito social, o direito à saúde é expressamente previsto no Art. 6º da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos: “São direitos sociais a educação, a *saúde*, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O Art. 196 da Lei Maior, ainda, preceitua: “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”. Adiante, a Carta Magna (art.197 a 200) institui o Sistema Único de Saúde- SUS para atuar na prestação de saúde pública, bem como oportuniza a prestação do serviço à iniciativa privada.

Saliente-se que a alocação dos direitos sociais em dispositivo próprio não tem o viés de retirar-lhes a qualidade de direitos fundamentais, fato é que, assim procedendo, quis o constituinte destacá-los em face da relevante função que estes direitos desempenham de assegurar o exercício dos demais direitos fundamentais.

## **2.1 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PREVISORAS DOS DIREITOS SOCIAIS**

Boa parte da doutrina e da jurisprudência ainda defende que, em geral, as normas constitucionais garantidoras dos direitos sociais são de eficácia limitada e de conteúdo programático, ou seja, veiculam programas a serem implementados pelo Poder Público para a realização da Justiça Social, o que é claramente perceptível na segunda parte do art. 196 retrotranscrito.

Nas palavras de Serrano:

O surgimento dos primeiros direitos sociais sempre esteve ligado às normas de efeitos programáticos, que traçavam diretrizes a serem buscadas pelo Estado, sem, contudo, qualquer traço de obrigatoriedade, deixando de proporcionar ao beneficiário o respectivo direito subjetivo ou qualquer outro medicamento de exigibilidade<sup>8</sup>.

No entanto, não é admissível que essa qualificação possa criar obstáculos ao cidadão na cobrança de ações que visem o cumprimento desses direitos por parte do Poder Público. “O fato de uma ou outra norma se referir a uma legislação futura não lhes retira a condição de direito fundamental

---

<sup>8</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 35.

do sujeito, apenas impõe um dever aos órgãos públicos de agir para melhor concretização desses direitos (...)”<sup>9</sup>.

Sarlet<sup>10</sup> faz relevante crítica sobre essa classificação ainda adotada por muitos autores, para o célebre professor, os direitos fundamentais não devem ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções que poderão ou não ser concretizadas, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do Poder Público.

No mesmo raciocínio, Maria do Socorro Azevedo de Queiroz<sup>11</sup> defende que diferentemente das normas programáticas, as quais não tem aplicabilidade direta de seus fins, os direitos fundamentais, indistintamente, possuem aplicabilidade imediata, mesmo que no caso dos direitos prestacionais, exijam maior empenho do Estado e da sociedade.

Neste ponto, vale destacar Salazar e Grou:

(...) a correta interpretação das normas constitucionais programáticas impõe a conclusão de que delas se extrai, autonomamente, força jurídica e vinculante, ou seja, um grau de eficácia que impõe atribuições aos respectivos destinatários, além de permitir a invocação dos direitos sociais que abrigam de modo amplo e sólido<sup>12</sup>.

Arrematando, as autoras invocam o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, e realçam a intrínseca ligação entre o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana, fator que “lhe confere eficácia e justiciabilidade imediatas”<sup>13</sup>.

Logo, a aplicabilidade imediata é característica incontroversa dos direitos fundamentais, inclusive reconhecida pela Constituição Federal, como não poderia deixar de ser.

## **2.2 O DIREITO À SAÚDE NA CONCEPÇÃO DAS TEORIAS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Segundo Sarlet<sup>14</sup>, o direito social em testilha possui dupla dimensão, uma de natureza *defensiva*, que impõe a todos o dever de respeito, isto é, de não ofender a saúde de outrem, e outra de

---

<sup>9</sup> QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: A efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 59.

<sup>10</sup> SARLET, Op. Cit.

<sup>11</sup> QUEIROZ, Op. Cit., p. 66.

<sup>12</sup> SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 27.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>14</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

natureza *prestacional*, segundo a qual, o Estado deve executar medidas concretas e reais em busca de fomentar e efetivar a saúde da população.

Nesse aspecto, despontam os ensinamentos do professor Canotilho:

À medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos (...), resulta, de forma imediata, para os cidadãos: (1) o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (...); (2) o direito de igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade<sup>15</sup>.

Pertinente também se revela a doutrina de Barletta<sup>16</sup>, para quem os direitos sociais, especialmente o direito à saúde, conferem aos cidadãos a prerrogativa de exigir prestações por parte do Estado, como medicamentos, exames de várias ordens, atendimento médico hospitalar.

Acerca do tema, Daniel Sarmiento<sup>17</sup> pondera que os recursos da sociedade são escassos e, em contrapartida, o atendimento aos direitos sociais envolve custos. Nesse contexto, surgem as famigeradas teorias do *mínimo existencial* e da *reserva do possível* que, somadas, consistem em escolhas estratégicas do Estado, o qual, ante sua limitação recursal, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas.

No cenário dos debates judiciais, o autor destaca as demandas que envolvem a saúde pública, pois “parte dos orçamentos públicos de saúde das entidades federativas passou a ser destinada ao cumprimento de decisões judiciais”<sup>18</sup>.

Nas lições do ilustre professor, a expressão *reserva do possível* surgiu na Alemanha, por meio de decisão proferida no ano de 1972 em contenda que versava sobre a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas em face da pretensão de ingresso de um número maior de candidatos. O Tribunal Constitucional alemão buscou estabelecer uma noção de razoabilidade nas exigências da sociedade perante o Estado.

Com brilhantismo, Canotilho tece suas considerações sobre o assunto esclarecendo que a teoria da reserva do possível foi construída para “traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 478-479.

<sup>16</sup> BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O direito à saúde da pessoa idosa**. Saraiva, 2010.

<sup>17</sup> SARMENTO *In* BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 374.

Trazendo o conceito para os dias atuais, Daniel Sarmiento<sup>20</sup> leciona que a teoria tem sido utilizada como matéria de defesa do Estado, cabendo a ele a prova da alegação de insuficiência de recursos para concessão judicial de prestações sociais.

De outro vértice, não se pode perder de vista que a teoria ora discutida foi criada para atender às necessidades de um país europeu, por isso, é preciso tomar cautela com os conceitos constitucionais transportados, porquanto, “a transferência mal conduzida do conceito da reserva do possível implicaria a adoção de solução estrangeira que não guarda coerência com a realidade e as necessidades da sociedade brasileira”<sup>21</sup>.

Em oposição à reserva do possível, a teoria do mínimo existencial foi criada como forma de salvaguardar a dignidade da pessoa humana. Nas palavras do mestre Canotilho, “o rendimento mínimo garantido não será a concretização de qualquer direito social em concreto (...) mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana (...)”<sup>22</sup>.

Insta consignar que, conforme assinalam Sarlet e Figueiredo<sup>23</sup>, não se confunde a teoria do mínimo *existencial* com a teoria do mínimo *vital*, esta, como a própria denominação traduz, busca os elementos necessários à existência da vida humana, independente de suas condições. Por sua vez, o mínimo existencial contempla os elementos mínimos consideráveis para uma vida com qualidade.

Os autores atentam para a importância de se diferenciar as teorias citadas, sob pena de se ver o mínimo existencial reduzido ao mínimo vital, que se preocupa tão somente com as necessidades fisiológicas do homem.

Assim, tem-se que o mínimo existencial compreende todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável, por isso, vem sendo conceituado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, imune a toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade<sup>24</sup>.

Relacionando as teorias ora discutidas, os autores concluem que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre de disponibilidade financeira e

---

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 481.

<sup>20</sup> SARMENTO, *Op. Cit.*, p. 374.

<sup>21</sup> SALAZAR, *Op. Cit.*, p. 94.

<sup>22</sup> CANOTILHO, *Op. Cit.*, p. 481.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2008, p. 22

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 25

da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las, por isso se falar que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela designada “reserva do possível”.

Com essas considerações, deflui-se que a falta de recursos financeiros não é uma impossibilidade para a existência dos direitos, senão uma impossibilidade de cumprimento pelo agente obrigado.

### **2.3. RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

A competência constitucional em matéria de saúde é responsabilidade de todos os entes federativos, com destaque para os Municípios, é o que se extrai do art. 23, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Conforme assinalam Salazar e Grou: “Cuidar da saúde é competência material comum (...). Desse modo, atuar em saúde é tarefa que cabe a todos os entes públicos, sendo aos Municípios conferida a função de principal prestador dos serviços públicos de atenção à saúde”<sup>25</sup>.

Para as autoras, o enfoque no Município deve-se a sua proximidade da realidade comunitária, pois “estando mais próximo, mais fácil o acesso e o poder real de controle e fiscalização e maior agilidade para adoção de eventuais medidas corretivas”<sup>26</sup>.

Com efeito, quis a Constituição Federal de 1988, ao atribuir a competência pela efetivação da saúde pública a todos os entes da federação, garantir ao cidadão o acesso a esse direito, possibilitando que eventual demanda proposta judicialmente fosse exigida de qualquer dos responsáveis ou de todos eles, como forma de alavancar a probabilidade de êxito na lide, sendo que essa responsabilidade solidária já foi reconhecida pela Suprema Corte em diversos julgados<sup>27</sup>.

### **2.4 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE- SUS**

A VIII Conferência Nacional da Saúde realizada em 1986 foi um marco histórico da saúde pública no Brasil, nela deliberou-se pela criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde-SUDS considerado o embrião do Sistema Único de Saúde<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> SALAZAR, GROU, *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>27</sup> Vide *v.g.*: PACIENTE PORTADOR DE OSTEOMIELITE CRÔNICA. PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CE, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196). PRECEDENTES (STF). RE CONHECIDO E IMPROVIDO. RE 557548/MG, Rel. Ministro Celso de Melo, julg. 08/11/2007.

<sup>28</sup> SERRANO, *Op. Cit.*

Alguns anos depois, o constituinte instituiu o Sistema Único de Saúde, no Art. 198 da Constituição Federal de 1988 como instrumento de acesso a todo e qualquer cidadão no exercício do direito à saúde pública.

Nas lições de Barcellos<sup>29</sup>, o SUS foi criado sob a égide de quatro comandos facilmente extraídos do aludido dispositivo, quais sejam: o **Sistema é único e hierarquizado**, porém descentralizado, sendo que a esfera municipal concentra a execução dos serviços públicos de saúde, com a cooperação dos demais entes; o **Sistema objetiva prestar atendimento integral** atuando prioritariamente em atividades preventivas (Art. 200, II da CF); o **Sistema é custeado por toda sociedade** havendo imposição constitucional que restringe a liberdade administrativa e legislativa na elaboração do orçamento obrigando a reserva de parcela mínima dos recursos arrecadados à promoção e manutenção da saúde pública; o **Sistema garante a participação da sociedade** em sua gestão e possibilita aos gestores locais a admissão de agente comunitário e de combate às endemias.

Contudo, a nova ordem constitucional só atingiu integral aperfeiçoamento do tema com o advento da Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) que regulamentou o SUS, especificamente no Título II, o qual se subdivide em oito capítulos, tratando de assuntos como: princípios regentes do sistema, sua organização, competência e funcionamento.

Tomando por base a *universalidade*, característica fundamental do sistema expressamente prevista no art. 7º, inciso I, da Lei 8.080/90, o legislador buscou assegurar a igualdade na prestação dos serviços de saúde pelo Poder Público ou por órgãos conveniados ao SUS, admitindo-se o tratamento privilegiado somente com relação àqueles que se encontram em situação de desvantagem (deficientes, idosos, dentre outros), como forma de se consagrar o princípio da igualdade em sua vertente material.

Como observado alhures, o Sistema Único de Saúde promove a saúde da população, atuando prioritariamente na prevenção de doenças, ao instituí-lo, a Constituição Federal planejou um sistema democrático, eficiente e igual para todos.

Ocorre que, na prática, não funciona como o esperado, fazendo-se crer que a Carta Magna criou um sistema utópico e longe de ser concretizado. As grandes filas de espera, a demora no atendimento e a falta de medicamentos são somente alguns dos sérios problemas que assolam os pacientes que batem às portas do Sistema Único de Saúde.

---

<sup>29</sup> BARCELLOS *Op. Cit.*, p. 2180-2181.



Importante registrar que as causas da ineficiência dos SUS não estão no modelo idealizado pela Constituição Federal, mas sim na falta de recursos públicos, aliás, na má gestão dos recursos públicos que, não raras vezes, são desviados da saúde para outros setores que não gozam de prioridade, outras, são desviados para atender interesses próprios de políticos corruptos. Desse modo, a implantação do SUS esbarra na falta de compromisso político dos governantes do país, bem como na falta de organização da sociedade como um todo.

Dados do Conselho Federal de Medicina- CFM apontam que, entre os anos de 2005 e 2012, o Brasil perdeu mais de 40.000 (quarenta mil) leitos públicos, acarretando um prejuízo de 10,5 % no atendimento público de saúde<sup>30</sup>.

Ao passo que o sistema público de saúde vem sofrendo uma defasagem, o mercado lucrativo de planos de saúde privado vêm crescendo desenfreadamente, sem, todavia, acompanhar as necessidades dos paciente-consumidores, os quais, insatisfeitos com o SUS, buscam no setor privado uma prestação de serviços de saúde com qualidade, mas, muitas vezes, não é o que encontram, isto sem levar em consideração os valores exorbitantes e abusivos cobrados das pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade.

É fato que houve grande crescimento do mercado de saúde complementar na década de 80, o que ocorreu em face da deficiência no atendimento da rede pública de saúde e tornou os planos e seguros de saúde objeto de exploração empresarial com finalidade de lucro, equiparando o direito à saúde a uma mercadoria <sup>31</sup>.

## **2.5 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E DEMAIS DIREITOS SOCIAIS**

Como bem visto, os direitos sociais impõem-se *dever* do Estado e requerem atuação do Poder Público, seja por meio de ações negativas, seja, principalmente, por meio de ações positivas que visem à concretização desses direitos, evitando que se tornem letra morta na Constituição.

É nesse nível da discussão que a efetividade das normas constitucionais ganha espaço, pois a doutrina majoritária classifica os direitos sociais como normas de eficácia limitada de conteúdo programático, reportando-se à ideia de gradual implementação de programas de cunho social, sem qualquer aplicação prática.

---

<sup>30</sup> Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/brasil-perdeu-mais-de-40-000-leitos-no-sus-em-sete-anos-diz-conselho-federal-de-medicina>>

<sup>31</sup> SERRANO, Op. Cit.

Contudo, a efetividade dos direitos sociais pressupõe a possibilidade de exigir seu cumprimento pelo Estado (vertente prestacional), impondo-se o reconhecimento de que são verdadeiros *direitos subjetivos* emanados do ordenamento jurídico e incondicionados a qualquer outro fator.

Partindo deste ponto, Queiroz assevera: "(...) se as normas de direitos fundamentais sociais prestacionais são definidoras de direito, aos sujeitos de direito é atribuído direito subjetivo, ainda que *prima facie*, de exigir o cumprimento diretamente do dever, inclusive forçadamente pelo Judiciário"<sup>32</sup>.

Cabe então averiguar qual a posição dos jurisdicionados nesse cenário, considerando que os sujeitos devedores da efetivação desses direitos estão subordinados ao ordenamento jurídico, indaga-se: seria possível aos jurisdicionados levar a problemática à apreciação do Judiciário para que ele, na qualidade de operador da lei, compelissem o Estado a efetuar a concretização dos direitos sociais?

Sobre a questão, Queiroz<sup>33</sup> opina que a Administração Pública não pode, sob a alegação de uma discricionariedade deturpada, abster-se de agir para a materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, vez que não está imune ao controle judicial.

Perante a escassez dos recursos do Estado ou da falta de vontade dos administradores públicos em imprimir esforços na concretização dos direitos sociais, a via judicial tem servido de instrumento de pressão nesse sentido<sup>34</sup>.

Demandas dessa natureza exigem do Judiciário uma postura de verdadeiro legislador positivo que tem sido criticada por muitos sob o ultrapassado argumento de que se estaria admitindo ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes preconizado no Art. 2º da Constituição Federal/88.

Tal argumento não merece prosperar, pois

O artigo 2º da Constituição Federal opta pela independência dos Poderes, que ainda devem ser harmônicos entre si, mas não há quase falar em separação estrita destes, pois diante da realidade brasileira se fazem necessárias interferências para evitar abusos ou sobreposições dos Poderes, de forma a alcançar os fins do Estado constitucionalmente previstos<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> QUEIROZ, Op. Cit., p. 84.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>34</sup> CORRÊA, Darcísio; MASSAFRA, Cristiane Quadrado. **O direito à Saúde e o Papel do Judiciário para sua Efetividade no Brasil**. Desenvolvimento em Questão. Editora Unijuí, ano 2, n. 3, p. 45-70, jan./jun, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/89/46>.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 132.

Certo é que o Judiciário não deve substituir a vontade do administrador público. Por outro lado, é atribuição desse Poder zelar pela supremacia da Constituição Federal diante da ofensa aos direitos nela assegurados ou da omissão obstativa da efetividade desses direitos.

Não mais se concebe que o juiz limite-se a ser a “boca da lei”, espera-se do magistrado moderno uma postura ativista influenciada pelo pós-positivismo, corrente surgida após a Segunda Guerra Mundial que busca ir além da legalidade estrita sem desprezar o direito posto<sup>36</sup>.

Ensina Luz Roberto Barroso que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (...)”<sup>37</sup> e, dentre outras posturas, permite ao julgador a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Para o autor, o Judiciário é o guardião da Constituição Federal e deve fazê-la valer em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, mesmo que para tanto seja necessário agir em face dos outros Poderes.

De toda sorte, o Poder Público vem usando a seu favor a discricionariedade para arguir a ilegitimidade dos magistrados na efetivação das políticas públicas, alegando que compete somente aos administradores apreciar a conveniência e oportunidade de realizá-las.

Na visão de Barros<sup>38</sup>, não se pode negar que o tema era controverso, inclusive, o argumento sustentado pelo Poder Público já refletiu o antigo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça<sup>39</sup>.

Entretanto, considerando as colocações já tecidas, bem como a mudança da perspectiva do constitucionalismo, falando-se atualmente em neoconstitucionalismo (máxima eficácia das normas

---

<sup>36</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12-13.

<sup>37</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito- UERJ. vol. 2, nº 21, jan./jun. 2012. p. 9. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. p. 09.

<sup>38</sup> BARROS, Julianne Bezerra. **Separação de Poderes, controle jurisdicional de políticas públicas e neoconstitucionalismo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11078&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11078&revista_caderno=9)

<sup>39</sup> Vide: EMENTA: RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE - NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIA DO MUNICÍPIO - CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DE REALIZAÇÃO DA OBRA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA-AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DO ECA APONTADOS COMO VIOLADOS. (REsp 208.893/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22.3.2004)

constitucionais), é imperativo reconhecer a importância da atividade jurisdicional na efetividade dos direitos sociais ante a inércia da Administração.

Portanto,

Não há que se falar em interferência do Judiciário no mérito administrativo na elaboração e consecução de políticas públicas, uma vez que as normas programáticas inseridas na Carta Magna com vistas a assegurar direitos sociais que preservam a dignidade da pessoa humana são revestidas de caráter cogente, não sendo permitido que o administrador público simplesmente possa optar em cumprir ou não comandos constitucionais, segundo sua conveniência e oportunidade, comprometendo direitos básicos do ser humano<sup>40</sup>.

Nessa perspectiva, a via judicial tornou-se instrumento de pressão democrática na implementação das políticas públicas indispensáveis à efetivação dos direitos sociais, notadamente da saúde.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto nestas poucas linhas e longe de se esgotar a amplitude do assunto, é possível inferir-se que não mais se admite aquela visão ultrapassada da saúde como direito previsto em norma de eficácia limitada com cunho programático.

Mais do que isso, a saúde é essência da dignidade da pessoa humana e assim deve ser tratada, ela está, indubitavelmente, inserida no contexto do mínimo existencial e, por isso, representa verdadeiro direito subjetivo dos cidadãos perante o Estado.

No contexto das lides estabelecidas entre o Poder Público e os sujeitos desse direito, cabe ao Judiciário, como guardião da Constituição que é, conferir validade às normas previsoras de direitos fundamentais, atuando de forma a garantir a concretização da saúde, ainda que para tanto necessite adotar medidas tendentes a interferir no funcionamento dos demais Poderes, o que, em uma visão neoconstitucionalista, em hipótese alguma será considerado afronta ao princípio da Separação dos Poderes.

---

<sup>40</sup> BARROS, Julianne Bezerra. **Separação de Poderes, controle jurisdicional de políticas públicas e neoconstitucionalismo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11078&revista\\_caderno=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11078&revista_caderno=9)>

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O direito à saúde da pessoa idosa**. Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PINHEIRO, Naíde Maria. **Estatuto do Idoso Comentado**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais: A efetividade pela Interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2008.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

## SÍTIOS ELETRÔNICOS:

BARROS, Julianne Bezerra. **Separação de Poderes, controle jurisdicional de políticas públicas e neoconstitucionalismo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11078&revista\\_cadern\\_o=9](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11078&revista_cadern_o=9)>. Acesso em 07 de Agosto de 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito- UERJ. vol. 2, nº 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em 08 de agosto de 2013.

CORRÊA, Darcísio; MASSAFRA, Cristiane Quadrado. **O direito à Saúde e o Papel do Judiciário para sua Efetividade no Brasil**. Desenvolvimento em Questão. Editora Unijuí, ano 2, n. 3, p. 45-70, jan./jun, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/89/46>. Acesso em 10 de Agosto de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de Agosto de 2013.