

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO

Láisa Virginia Ribeiro Costa Moreira

**A Proteção Judicial dos Direitos Sociais e do Direito à Saúde**

Juiz de Fora  
2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO

LÁISA VIRGINIA RIBEIRO COSTA MOREIRA

**A Proteção Judicial dos Direitos Sociais e do Direito à Saúde**

Monografia apresentada à Comissão de  
Monografia da Faculdade de Direito da UFJF,  
como pré-requisito para obtenção de grau de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Bruno Stigert de Sousa

Juiz de Fora  
2010

LÁISA VIRGINIA RIBEIRO COSTA MOREIRA

A PROTEÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS E DO DIREITO À SAÚDE

**MONOGRAFIA SUBMETIDA AO CORPO DOCENTE DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA COMO PARTE DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO.**

Data: 03/12/2010

Aprovada por:

---

Bruno Stigert de Sousa (Orientador)

---

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

---

João Batista Barbosa Júnior

Juiz de Fora  
2010

Aos meus pais e à Yan, pela paciência e o apoio.

Ao Bruno e à Dra. Ana Léia, por terem tornado possível este trabalho.

*"De tudo ficaram três coisas:  
a certeza de que estava sempre começando,  
a certeza de que havia que seguir  
e a certeza de que seria interrompido antes de  
terminar.  
Fazer da interrupção um caminho novo,  
Fazer da queda um passo de dança,  
Do medo uma escada,  
Do sonho uma ponte,  
Da busca um encontro..."*  
(Fernando Sabino).

## RESUMO

O direito à saúde é um tema recorrente no Judiciário, com um número crescente de demandas judiciais pleiteando tratamentos, medicamentos, insumos e internações às expensas do SUS. Esses casos trazem frequentemente questões de difícil apreciação, seja pela ausência de conhecimentos específicos dos magistrados para avaliar a imprescindibilidade do medicamento, seja pela interferência direta nas funções da Administração Pública. O presente trabalho vem explicitando a evolução histórico-social e a estruturação dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais, e através delas pretende delimitar a abrangência do direito à saúde, traçando critérios para análise do caso concreto.

**Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Direitos Sociais, Mínimo Existencial, Direito à Saúde, Judicialização.**

## SUMÁRIO

<b>1 - INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 - A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>9</b>
2.1 Os Direitos Fundamentais .....	9
2.2 Breve Histórico .....	9
2.3 Direitos Individuais ou Liberdades .....	12
2.4 Direitos Sociais .....	12
2.5 Críticas à classificação geracional e a ausência de verdade histórica .....	14
<b>3 – Direitos Fundamentais Sociais .....</b>	<b>16</b>
<b>3.1 A estruturação do conceito de direitos fundamentais sociais .....</b>	<b>16</b>
3.1.1 A inconsistência dos argumentos contrários à jusfundamentalidade dos direitos sociais.....	18
3.1.2 O direito ao mínimo existencial .....	31
<b>3.2 O conceito de direitos fundamentais sociais .....</b>	<b>38</b>
<b>4 – O direito à saúde: direito fundamental social .....</b>	<b>40</b>
<b>4.1 Breve Histórico: a evolução da concepção de saúde no mundo e no Brasil .....</b>	<b>40</b>
<b>4.2 A Constituição Federal de 1988 e a delimitação do direito à saúde .....</b>	<b>43</b>
4.2.1 Critérios norteadores da aplicação do art. 196 da CF: universalidade, igualdade e integração ...	44
<b>5 – A tutela judicial do direito à saúde .....</b>	<b>50</b>
<b>5.1 – A titularidade da demanda .....</b>	<b>50</b>
<b>5.2 – A legitimidade passiva: responsabilidade solidária entre União, Estados e Municípios? ...</b>	<b>51</b>
<b>6 – A questão específica da distribuição de medicamentos .....</b>	<b>55</b>
<b>6.1 Os problemas em torno das demandas judiciais por medicamentos .....</b>	<b>58</b>
<b>7- CONCLUSÃO .....</b>	<b>62</b>
<b>8 – Referências Bibliográficas .....</b>	<b>64</b>

## 1 - INTRODUÇÃO

O tema da proteção judicial dos direitos sociais e do direito à saúde está sendo bastante discutido na atualidade, com diferentes posições jurisprudenciais e doutrinárias. Essas discussões decorrem do aumento das demandas judiciais, buscando-se cada vez mais o Poder Judiciário para a solução de problemas, em virtude do descrédito dos Poderes Executivo e Legislativo. Na tentativa de realizar a justiça no caso concreto, os magistrados, em inúmeras decisões, concedem o que foi requerido sem a análise do orçamento e das políticas públicas, levando a desorganização da Administração Pública e ao aumento das desigualdades sociais no Brasil.

Dessa forma, o presente trabalho propõe a estabelecer o direito à saúde como um direito social fundamental, delimitando a abrangência do seu conceito e estabelecendo critérios para a sua tutela.

O estudo foi dividido em cinco capítulos. Num primeiro momento foi elaborada sucintamente uma evolução histórica dos direitos fundamentais, com a delimitação das gerações de direitos e as críticas quanto à classificação geracional.

Num segundo momento, estruturou-se o conceito dos direitos fundamentais sociais, apontando as inconsistências dos argumentos contrários a sua proteção. Ademais, destacou-se a vinculação entre o mínimo existencial e a garantia dos direitos sociais.

O direito à saúde é o tema do capítulo 4, cujo estudo pretende mostrar a evolução histórica do conceito de saúde, bem como os critérios norteadores de sua aplicação. Complementando esse estudo, os capítulos 5 e 6 tratam da tutela judicial do direito à saúde e da questão específica da distribuição de medicamentos.

O estudo dos temas suscitados leva à conclusão de que cabe ao Poder Judiciário a intervenção quando acionado para a solução de um caso concreto. Contudo, antes de conceder uma prestação na área da saúde, especialmente medicamentos, deve analisar mais detidamente o caso, verificando a prescrição médica, a existência de programas de assistência integral, evitando a concessão de prescrições negligentes e tratamentos inócuos.

## 2) A Teoria Geral dos Direitos Fundamentais

### 2.1 - Os Direitos Fundamentais

A Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo, prevê a importância dos direitos fundamentais para a sociedade, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança.

Essa importância é resultante de transformações sociais, políticas e econômicas, que tornaram esses direitos um suporte para o controle das atividades do Poder Público, além de conferirem à sociedade os meios indispensáveis para o seu desenvolvimento (direitos às prestações), proteção aos direitos do particular, por meio de atividades fáticas da administração ou através de normas legais de proteção (direitos à proteção) e a estruturação de vias para que o cidadão possa reivindicar seus direitos (direito à participação).<sup>1</sup>

A partir das transformações históricas e da época de seu florescimento, foi possível delinear os direitos fundamentais, e classificá-los em gerações ou dimensões, situando os momentos em que os direitos surgem e são acolhidos pela ordem jurídica.

### 2.2- Breve histórico

O espaço conquistado pelos direitos fundamentais é resultante da evolução histórica, política, social e econômica.

A doutrina aponta como pioneiros a Carta Magna, em 1215, que assegurava alguns privilégios aos nobres; a Petition of Rights de 1628; o Habeas Corpus Act, 1679, e o Bill of Rights de 1689.<sup>2</sup>

Mas esses direitos somente solidificaram-se nos fins do século XVIII com as revoluções liberais. O liberalismo trouxe uma visão antropológica, que rompeu com a visão

---

1 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

2 A propósito, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Humanos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 106.

teocêntrica medieval e valorizou o interesse pelo homem considerado em si mesmo, colocando-o como centro de suas preocupações éticas e políticas. Segundo Danilo Marcondes, é nesse contexto que o tema da dignidade do homem (*dignitas hominis*) adquire novo sentido, opondo-se ao tema medieval da miséria do homem (“*miseria hominis*”), o ser caído, descendente de Adão, marcado pelo pecado original.<sup>3</sup> Essa visão buscou salvaguardar as esferas privadas de autonomia da intervenção dos poderes públicos, defendendo a liberdade, a segurança e a propriedade, e foram classificados pela doutrina como direitos de primeira geração.

Nesse contexto, os direitos fundamentais eram vistos como *liberdades*, cujo conteúdo era determinado pela vontade do seu titular (e tendia a incluir a possibilidade de não exercício), ou como *garantias*, para assegurar em termos institucionais a não intervenção dos poderes públicos – em qualquer caso, enquanto direitos de defesa dos indivíduos perante o Estado<sup>4</sup>

Com a caracterização feita acima, percebe-se que um dos problemas desse período foi a necessidade de conciliar os direitos individuais, concebidos como inerentes à própria natureza humana, com o respeito ao direito do outro, imprescindível ao equilíbrio da vida em comunidade.<sup>5</sup>

Esse conflito de conciliação entre direitos individuais e as exigências da vida social, ficou mais evidenciado durante as revoluções industriais, período de intenso êxodo rural, pesado trabalho nas fábricas, ambientes insalubres, longas jornadas de trabalho, baixos salários, etc. Todos esses fatores agravaram as desigualdades sociais e fizeram ruir as idéias liberais de não intervenção estatal. Diante desse quadro, o Estado foi cada vez mais solicitado a intervir na vida social, propiciando um bem-estar e segurança econômica, através de um sistema de prestações na áreas sociais e com intervenções capazes de impedir quebras de empresas e das bolsas de valores.

Esse novo quadro sócio-político-econômico, fez surgir uma nova categoria de direitos, os direitos sociais, englobando os direitos às prestações e as liberdades sociais (direitos de

3 MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**: Dos pré-socráticos a Wittgenstein. 10 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 142 e 153.

4 ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 51.

5 MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**: Dos pré-socráticos a Wittgenstein. 10 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 197.

segunda geração), tais como direitos à habitação, à saúde, à segurança social, à proteção de jovens e idosos, ao ensino, à cultura e outros direitos prestacionais, bem como a liberdade de sindicalização e o direito de greve e outros direitos dos trabalhadores, como o salário mínimo, repouso semanal remunerado, etc. Para a concretização desses direitos, foi necessária a participação efetiva do Estado, ao contrário dos direitos de primeira geração, que limitavam o poder do Estado para garantir os direitos individuais.<sup>6</sup>

As transformações sociais e o desenvolvimento tecnológico e científico das últimas décadas do século XX, somadas a falência financeira dos Estados interventores e a desestruturação dos modelos socialistas coletivistas, levaram ao desenvolvimento dos direitos de terceira geração, direitos voltados à proteção das coletividades, tais como os direitos ao desenvolvimento, à paz, à conservação do patrimônio histórico e cultural, à qualidade do meio ambiente, e dos direitos de quarta geração assim definidos por José Carlos Vieira de Andrade:

São direitos de uma quarta categoria, que não são basicamente direitos de defesa, nem direitos de participação, nem de prestação, principalmente dirigidos ao Estado, mas formam um complexo de todos eles, direitos circulares, com uma horizontalidade característica e uma dimensão objectiva fortíssima, já que protegem bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e gozados, são ao mesmo tempo bens comunitários de que todos são titulares – e aliás, não só todos os vivos, mas ainda os elementos das gerações futuras, na medida em que esteja em causa a sobrevivência da sociedade.<sup>7</sup>

Atualmente, os direitos fundamentais encontram-se globalizados e positivados nas Constituições dos Estados e nos Tratados Internacionais. Nessa conjuntura, o problema desses direitos deixou de ser de cunho filosófico – vislumbrando a discussão da natureza e do fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos – e passou a ser jurídico e, até mesmo, num sentido mais amplo, político, buscando modos mais seguros para a sua garantia e impedir que se tornem apenas declarações solenes.<sup>8</sup>

---

6 ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 49-60.

7 Ibidem, p. 62.

8 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

### 2.3 – Direitos Individuais ou Liberdades

A visão clássica dos direitos individuais ou liberdades, reflexo da sociedade dos fins do século XVIII, garantia a liberdade do indivíduo contra o Estado, exigindo deste um comportamento de abstenção e privilegiando o direito à vida, à locomoção, direito de expressão do pensamento e de propriedade.<sup>9</sup>

Com a evolução dos séculos XIX e XX, esses direitos clássicos perderam o caráter absoluto, para compatibilizar os direitos com outros princípios constitucionais. Houve, portanto, uma relativização de direitos, o que culminou em proteção do indivíduo não só contra o Estado, mas contra outros indivíduos ou grupos de indivíduos.<sup>10</sup>

A partir dessas transformações percebeu-se que a abstenção do Estado (direitos negativos), satisfaz, por exemplo, a liberdade física, mas outros direitos, como o direito de igualdade (“*todos são iguais perante a lei*”), não são atendidos plenamente com a sua mera proclamação na Constituição. Isto significa que essa concepção clássica não basta para a proteção integral dos direitos individuais, vislumbrando-se a necessidade de conferir caráter substancial a certas liberdades, de modo a propiciar meios eficientes para exercê-las.<sup>11</sup>

Essa nova visão, inclusive com a relativização dos direitos, foi transportada para a Constituição Federal de 1988, protegendo os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), tais como o direito à vida, à inviolabilidade de domicílio, etc., ampliando o rol de direitos individuais clássicos.

Além dos direitos individuais, a Constituição de 1988 passou a proteger outros direitos, dentre eles os direitos sociais, explanados no próximo tópico.

### 2.4 – Direitos Sociais

A crise do Estado Liberal abriu espaço para as idéias sociais, difundidas pela doutrina social da Igreja, pelas filosofias igualitárias e humanistas, pela Constituição Mexicana de

---

9 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 171.

10 Ibidem, p. 171-172.

11 Ibidem, p. 170.

1917 e a Alemã de 1919, marcos importantes para a configuração dos direitos sociais.<sup>12</sup>

Os direitos sociais, também denominados de direitos de segunda geração ou direitos positivos, sem renunciarem aos direitos de liberdade, buscavam assegurar um mínimo de igualdade material e garantir condições mínimas para uma existência digna.<sup>13</sup> Para isso, permitiram a intervenção estatal na ordem social e econômica, concretizando a atividade prestacional, e ampliaram a prestação à sujeitos até então desconhecidos pelos direitos de liberdade: a mulher e a criança, o velho e o muito velho, o doente e o demente, etc.<sup>14</sup>

Essas idéias modelaram a base dessa segunda geração de direitos fundamentais, fazendo nascer o chamado Estado de bem-estar social, influenciador de todo o século XX e enraizado nos atuais estatutos jurídicos, que reconheceram explicitamente os direitos de natureza igualitária, tais como, o direito à saúde, o direito à habitação, o direito à educação, o direito a padrões salariais indispensáveis à sobrevivência, o direito à seguridade social. Assim, os Estados, outrora omissos, agora proclamam compromissos formais de estabelecer políticas públicas destinadas a eliminar ou minorar as desigualdades sociais e de promover, em todos os seus aspectos, a dignidade da pessoa humana.<sup>15</sup>

Porém, neste final de século, os direitos sociais estão numa profunda crise de efetividade. O modelo estatal imaginado para implementar os direitos de segunda geração, conseguiu apenas reconhecê-los no plano das normas, por não terem força ou vontade suficiente para implementá-los de modo satisfatório, mostrando a incapacidade das “democracias ocidentais” de transformar em realidade o ideário de suas plataformas humanistas.<sup>16</sup>

---

12 ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 1998, n. 15, p. 227-232. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/121/1/Direitos\\_fundamentais\\_de\\_terceira.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/121/1/Direitos_fundamentais_de_terceira.pdf)>. Acesso em: 06 de junho de 2010.

13 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: 04 de junho de 2010.

14 A propósito, BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72 e ARAUJO, Luiz Alberto David Araujo; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 65.

15 ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 1998, n. 15, p. 227-232. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/121/1/Direitos\\_fundamentais\\_de\\_terceira.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/121/1/Direitos_fundamentais_de_terceira.pdf)>. Acesso em: 06 de junho de 2010.

16 Ibidem, p. 227-232.

## 2.5– Críticas à classificação geracional e a ausência de verdade histórica

A partir do panorama histórico, verificou-se o surgimento e a importância dos direitos fundamentais, satisfazendo, portanto, os anseios de uma sociedade carente de proteção contra as arbitrariedades dos Estados. Sinteticamente, Celso Antônio de Melo define as gerações de direitos fundamentais.

Enquanto os direitos fundamentais de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.<sup>17</sup>

A classificação doutrinária não é pacífica quanto à especificação dos direitos incluídos na terceira e quarta gerações. Essa controvérsia gera críticas, e uma delas é a de Flávio Galdino. Esse doutrinador critica a inadequação da classificação geracional, tanto numérica quanto de conteúdo, pois as gerações foram ampliadas por alguns e modificadas por outros, uns incluindo uma quarta e quinta gerações, enquanto outros as excluíam.<sup>18</sup>

Para ilustrar essa controvérsia, destaca-se o entendimento de alguns doutrinadores. Paulo Bonavides, classifica os direitos de quarta geração em direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Para Celso Lafer, os direitos de terceira e quarta gerações são direitos de titularidade coletiva, diversamente das outras gerações, primeira e segunda, que são de titularidade individual.<sup>19</sup> Já Alexandre de Moraes defende três gerações de direitos, sem deixar de mencionar a divisão das quatro gerações de Celso Lafer.<sup>20</sup>

17 STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello. In: MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26.

18 GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos Não Nascerem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 168-169.

19 LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. In: GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos Não Nascerem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 168.

20 MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26-27.

Além das críticas de inadequação classificatória, a divisão em gerações não é considerada coerente com a história do Brasil, país de tradição cristã e escravagista, que durante as transformações sociais e políticas da Europa não respeitava os direitos políticos e as liberdades individuais.<sup>21</sup>

No Brasil, na verdade, a primeira geração de direitos fundamentais ocorreu após a Revolução de 1930. Diante de um estado totalitário, em que a representação política era uma farsa e os direitos individuais não eram tutelados, expandiu-se os direitos sociais, restritos e voltados para a garantia dos trabalhadores, não abarcando o direito à saúde, direito à moradia, dentre outros. Somente em 1985, com a redemocratização, que os direitos políticos e civis foram resgatados, percebendo-se aos poucos a manifestação da sociedade na busca de seus direitos e a atuação do Judiciário, permitindo a tutela de diversos direitos e preocupando-se com a difusão da universalização da tutela jurisdicional.<sup>22</sup>

Mesmo com esses avanços trazidos por este novo quadro sócio-político e pela promulgação da Constituição Federal de 1988, surgem problemas jurídicos de difícil equacionamento. Alguns desses problemas referem-se a delimitação dos direitos fundamentais, incluindo ou não os direitos sociais; a enunciação de direitos sociais quando trazidas de forma genérica pelo texto normativo e a extensão da ação do Estado para a sua prestação.<sup>23</sup>

---

21 GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos Não Nascerem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173.

22Ibidem, p. 173-175.

23 PAULSEN, Leandro. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista AJUFERGS**, n. 1, p. 02, 2007. Disponível em: <[http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev01/07\\_dr\\_leandro.pdf](http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev01/07_dr_leandro.pdf)>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

### 3) Direitos Fundamentais Sociais

#### 3.1– A estruturação do conceito de direitos sociais fundamentais

Norberto Bobbio, em sua obra *A Era dos Direitos*, preleciona que as transformações históricas, sociais, políticas e econômicas modificaram e continuam a modificar os direitos do homem. Os direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Isso prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.<sup>24</sup>

Antonio E. Perez Luño traz um panorama sucinto dessas transformações e do papel do Estado:

Los derechos sociales surgieron em el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, que em palabras de Hermann Heller, supuso 'la extensión del Estado de Derecho a la esfera del trabajo y de los bienes'. En el Estado social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana há calificado de 'procura existencial' (Daseinvorsorge). El Estado social de Derecho considera como tareas propias ayudar a sus ciudadanos asegurándoles su asistencia frente al paro, la enfermedad, la falta de vivienda, o la degradación del medio ambiente. De ahí que se le haya denominado, em ocasiones, Estado asistencial o Estado de bienestar (Welfare State).<sup>25</sup>

Este Estado que serve à sociedade passa a ter o papel de atuar positivamente, por meio de prestações consistentes, por exemplo, a promoção da saúde, da previdência e da educação, extrapolando, portanto, a simples garantia da incolumidade da esfera privada dos indivíduos. Isso ocorreu pela elevação de valores como o da igualdade, da solidariedade e da dignidade da pessoa<sup>26</sup>, incorporados pelas Constituições do século XX, como a Constituição do México

24 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18-19.

25 LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 6 ed. Madri: Tecnos. 1995, p. 193.

26 PAULSEN, Leandro. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista AJUFERGS*, n. 1, p. 02, 2007. Disponível em: <[http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev01/07\\_dr\\_leandro.pdf](http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev01/07_dr_leandro.pdf)>. Acesso em: 12 de julho de

(1917), da República Alemã (1919) e também do Brasil (1934). Apesar da normatividade, poucos eram os direitos sociais tutelados e sua eficácia era duvidosa, pela falta de pressupostos concretizadores da atividade estatal.<sup>27</sup>

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais foram expressamente incluídos entre os direitos e garantias fundamentais do Título II de seu texto, elevando-os à categoria de direitos fundamentais sociais.<sup>28</sup>

Essa visão de direitos sociais fundamentais é mais clara no direito brasileiro, seja porque a Constituição de 1988 os declarou expressamente, seja porque a sua declaração em lei suprema evidencia o grau de democracia do Estado, ou mesmo porque se destinam a prover os meios de subsistência do homem, garantido-lhe o mínimo existencial.<sup>29</sup>

Todavia, alguns doutrinadores levantam dúvidas, questionando a natureza e inclusão dos direitos sociais como direitos fundamentais. Nesse sentido, aduz José Afonso da Silva:

A questão da natureza dos direitos sociais ainda se põe porque há ainda setores do constitucionalismo, especialmente os ligados à doutrina constitucional norte-americana, que recusam não só a idéia de que tais direitos sejam uma categoria dos direitos fundamentais da pessoa humana, mas até mesmo que sejam matéria constitucional, ou, quando admitem serem constitucionais, qualificam-nos de meramente programáticos, meras intenções e coisas semelhantes. De minha parte, sempre tomei a expressão direitos fundamentais da pessoa humana num sentido abrangente dos direitos sociais, e, portanto, não apenas os entendi como matéria constitucional mas como matéria constitucional qualificada pelo valor transcendente da dignidade da pessoa humana. Assim pensava antes da Constituição de 1988, guiado até pelo conteúdo de documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. A Constituição assumiu essa posição, de sorte que, na sua concepção, os direitos sociais constituem direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos<sup>30</sup>.

Essa visão não é baseada apenas na doutrina norte-americana, mas também na doutrina

---

2010.

27 KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19.

28 JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos direitos fundamentais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelio (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional**: Direitos Fundamentais. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 411.

29Ibidem, p. 411.

30 SILVA, José Afonso da. **Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais**. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=207](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207)>. Acesso em: 17 de julho de 2010.

alemã. Para a maioria dos autores germânicos, os direitos fundamentais sociais subordinam-se a justiça social e a reserva do possível, constituindo meras diretivas para o Estado<sup>31</sup>.

A partir dessa visão de doutrinadores estrangeiros, autores como Ricardo Lobo Torres sustentam que os direitos fundamentais seriam apenas aqueles previstos expressamente no catálogo do art. 5º, da CF/88<sup>32</sup>. E ainda defendem que os direitos sociais não possuem o *status negativus*, caracterizando a dependência de concessão do legislador, carecem de eficácia *erga omnes*, se subordinam a idéia de justiça social e seriam apenas normas diretivas da atuação estatal.<sup>33</sup>

Por outro lado, outros autores, como Ingo W. Sarlet, sustentam a fundamentalidade dos direitos sociais, reconhecendo inclusive direitos fora do rol do Título II da Constituição de 1988 como fundamentais, desde que tenham como referencial a dignidade humana<sup>34</sup>.

### **3.1.1 – A inconsistência dos argumentos contrários à jusfundamentalidade dos direitos sociais.**

#### **1º) A falsa dicotomia entre direitos positivos e direitos negativos**

No apogeu do Estado Liberal, difundiu-se a noção de que o poder público não devia intervir nas atividades econômicas privadas, construindo a idéia de que os direitos individuais reconhecidos nessa fase histórica eram meramente negativos.<sup>35</sup>

Essa construção ideológica-histórica passou a não reconhecer o Estado como ente

---

31 TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era do Direitos. In: \_\_\_\_ (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 281.

32 BELLO, Enzo. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 183.

33 TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era do Direitos. In: \_\_\_\_ (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 282.

34 BELLO, Enzo. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 183.

35 GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos Não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 215.

essencialmente prestador<sup>36</sup>, o que culminou na dicotomia clássica entre direitos individuais e sociais, caracterizando os primeiros por sua natureza negativa, a reclamar abstenções do Estado, enquanto que os direitos sociais teriam natureza positiva, a reclamar prestações efetivas do Ente Público.<sup>37</sup> Corroborando com essa dicotomia, João Carlos Espada preleciona:

Os direitos positivos e negativos diferem na medida em que acarretam obrigações positivas ou negativas, ou seja, obrigações (negativas) de não fazer qualquer coisa, ou obrigações (positivas) de fazer qualquer coisa. O exemplo habitual de um direito positivo é o direito do credor contra o devedor, do qual decorre para este último a obrigação positiva de pagar a sua dívida. O direito de uma pessoa à sua propriedade é principalmente um direito negativo do qual decorre, para outras pessoas, a obrigação negativa de não interferirem com a propriedade.<sup>38</sup>

A partir desses conceitos conclui-se que todos os direitos que exprimem um comportamento ativo do Estado não se enquadrariam na categoria dos direitos individuais, mas na de direitos sociais, baseando, portanto, essa diferenciação clássica principalmente no cunho prestacional dos direitos sociais.

Contudo, essa diferenciação não pode ser aceita, pois não corresponde à verdade no mundo contemporâneo. Primeiro, porque não há qualquer diferenciação entre os direitos individuais e sociais, seja estrutural, normativa ou mesmo em sua aplicabilidade. Segundo, não há como distinguir esses direitos pela prestação positiva ou negativa do ente público, restringindo a tutela dos direitos individuais em uma pura obrigação de não fazer e a tutela dos direitos sociais a uma obrigação de fazer.<sup>39</sup>

Para exemplificar o equívoco dessa dicotomia, destaca-se o exemplo do direito de propriedade usado por João Carlos Espada. O direito de propriedade é um direito civil e, portanto, de primeira geração, com *status* negativo. Uma das garantias decorrentes desse direito é a sua proteção em face do próprio Estado e dos particulares. Essa proteção exige inúmeras

---

36 *Ibidem*, p. 216.

37 AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 111.

38 ESPADA, Direitos Sociais. In: GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 226.

39 A propósito, AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 111 e GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos Não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 225-226.

obrigações positivas, tais como a promoção de um adequado aparato policial para proteger a propriedade privada, a edição de normas garantidoras do exercício pleno desse direito e medidas normativas e processuais adequadas para garantir a reparação do dano em caso de violação desse direito, e outras. Assim, não basta o Estado ficar inerte para garantir o direito de propriedade<sup>40</sup>.

Outro exemplo é o direito à saúde, direito social, de segunda geração e, pela classificação tradicional, de status positivo. Esse direito não é garantido exclusivamente com prestações estatais positivas. O direito à saúde possui também obrigações negativas, tais como normas impeditivas de violação, por parte do Estado, da integridade física do cidadão e a proibição de criação de normas que possam prejudicar a saúde da população<sup>41</sup>, caracterizando, portanto, ações negativas do Estado, um não agir e um não fazer contra a saúde dos cidadãos.

Ainda há outros exemplos capazes de descaracterizar essa dicotomia. O direito de greve é um direito social que não reclama qualquer prestação positiva estatal, ao contrário, requer abstenção. Já outros direitos, como o direito à vida, é considerado negativo para uns e positivo para outros, ou seja, a prestação é positiva para aqueles indivíduos que só podem ter uma vida digna se amparados pelo Estado.<sup>42</sup> E ainda outros, como o direito de ação, direito ao devido processo e direito dos presos a um tratamento digno, dentre outros, cujo cumprimento só ocorrerá através da adoção de medidas positivas por parte do Estado.<sup>43</sup>

Na verdade, ao contrário do afirmado pela doutrina clássica, os direitos fundamentais, sejam os individuais ou os sociais, têm uma enorme afinidade estrutural e a sua concretização depende da adoção de obrigações públicas e privadas, que interagem e se complementam<sup>44</sup>. A

---

40 A propósito, GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos Não Nascem em Árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 226-227 e LIMA, George Marmelstein. **Criticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/17760767/Criticas-a-Teoria-das-Geracoes-dos-Direitos-Fundamentais-2002>>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

41 LIMA, George Marmelstein. **Criticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/17760767/Criticas-a-Teoria-das-Geracoes-dos-Direitos-Fundamentais-2002>>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

42 AMARAL, Gustavo. **Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 111.

43 LIMA, George Marmelstein. **Criticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/17760767/Criticas-a-Teoria-das-Geracoes-dos-Direitos-Fundamentais-2002>>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

44 Ibidem.

superação dessa tendência doutrinária, que conceitua os direitos sociais e os individuais como contrapostos, é importante para a integração harmônica entre as categorias de direitos fundamentais do homem, não podendo mais os direitos sociais serem vistos como categoria contingente, ou mesmo como direitos de segundo plano, sem qualquer eficácia na prática.<sup>45</sup>

## 2º) O falso argumento da subjetividade semântica

A concepção de norma programática difundida por volta de 1947 teve grande importância. A doutrina, principalmente Vezio Crisafulli, visava à concretização da Constituição italiana de 1947. Para isso, afirmava que “os dispositivos sociais da Constituição eram também normas jurídicas, portanto, poderiam ser aplicadas pelos tribunais nos casos concretos”<sup>46</sup>. No entanto, a aplicação prática dos direitos sociais distanciou-se do conceito de norma programática difundido por Vezio Crisafulli. Essas normas passaram a não ter valor concreto, apenas traçando princípios e programas a serem cumpridos pelo Estado, o que impediu a concretização da Constituição e dos direitos sociais.<sup>47</sup>

Essas idéias repercutiram nos países europeus e latino-americanos, inclusive no Brasil, mas a prática também distanciou das idéias de Crisafulli.<sup>48</sup> Esse afastamento entre teoria e prática, acarretou divergências doutrinárias. Apesar da concepção atual de defesa dos direitos fundamentais, alguns doutrinadores brasileiros têm entendido que os direitos sociais não são verdadeiros direitos, constituindo apenas meros programas de ação governamental, dependentes de regulamentação, sem as quais não seriam exigíveis. E para fundamentar esse pensamento, argumentam que as disposições constitucionais não definem a prestação devida,

---

45 SILVA, José Afonso da. **Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 17 de julho de 2010.

46 BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60.

47 Ibidem, p. 59-60.

48 BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 60 e KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 20.

não apontam o responsável pela efetivação dos direitos sociais, e, em alguns casos, não estão sequer definidos os meios para o Estado efetivar a prestação reclamada.<sup>49</sup>

Ao contrário do entendimento destes doutrinadores, a existência de expressões vagas ou conceitos indeterminados não podem constituir obstáculo à aplicação das normas jurídicas, principalmente de normas jurídicas definidoras de direitos fundamentais, que, por determinação constitucional (art. 5º, §1º, CF), têm aplicação imediata. Ademais, conforme preleciona Dirley Cunha Júnior, esse argumento é ainda mais fraco quando comparado com a previsão constitucional do art. 5º, XXXV, determinando que na existência de conceitos abertos, lacunas ou omissões, os juízes e os tribunais devem valer-se da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito e outros meios de interpretação para exatificar esses conceitos.<sup>50</sup>

Ademais, as disposições constitucionais de direitos sociais determinam que alguns fins, por exemplo, educação, saúde, vida digna e trabalho para todos, devem ser perseguidos pelo Estado. A realização desses fins pode ser feita por diversos meios, podendo ou não haver especificação pelo legislador de quais devem ser adotados pelo Ente Público, ou mesmo se é pretendendo um grau máximo, médio ou mínimo de satisfação desses direitos.<sup>51</sup>

Todas essas escolhas, seja dos Entes Públicos responsáveis pela efetivação de determinados direitos sociais, seja dos meios idôneos para o cumprimento dos fins previstos, quando ausentes na disposição legal, dependem da escolha da Administração Pública, não podendo essa indeterminação inviabilizar a efetivação de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.<sup>52</sup>

Outros doutrinadores, complementando o exposto, afirmam que as normas sociais prescrevem a realização de determinados fins e tarefas. Se esses fins não forem implementados em um nível adequado, os direitos sociais serão meras promessas

---

49 CLÈVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 54, Jan-Mar/2006, p. 32.

50 JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos direitos fundamentais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelio (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 417.

51 PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem Direitos Sociais?” de Fernando Atria. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 153.

52Ibidem, p. 153.

constitucionais, trazendo frustração e, conseqüentemente, a descrença na instituição da constituição como sistema de normas legais vigentes.<sup>53</sup>

Essa perspectiva demonstra a preocupação de parte da doutrina em superar a concepção de Estado de Direito formal, protegendo os direitos fundamentais do esvaziamento de conteúdo ou que sua eficácia esteja vinculada a atuação do legislador<sup>54</sup>.

Refutando a tese de programaticidade dos direitos sociais, Paulo Bonavides expõe:

Atravessaram (os direitos fundamentais de segunda geração), a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte que os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justicializáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma<sup>55</sup>.

Apesar de todos os argumentos a favor da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, há alguns desses direitos que não são auto-aplicáveis, dependentes, portanto, de interposição do legislador para que produzam efeitos. Contudo, esses direitos sem aplicabilidade imediata não são exclusivamente direitos sociais. O direito de propriedade, por exemplo, direito individual garantido pelo art. 5º, XXII da CF/88, precisa de leis definidoras do instituto da propriedade. Outros, como a garantia de acesso ao Judiciário e a garantia ao Júri, direitos individuais previstos pelo art. 5º, XXXV e XXXVIII respectivamente, precisam de legislação processual adequada para a sua efetivação<sup>56</sup>.

Cabe salientar que a exemplificação acima não é contrária ao exposto. Os direitos fundamentais, independente da existência de conceito vagos, não devem ter a sua eficácia vinculada a atuação do legislador. Todavia, nos casos em que a Constituição expressamente remeter o exercício do direito a uma determinada previsão legal (“o direito será exercido na forma prevista em lei”), ou nos casos em que a aplicação do direito pelo juiz importar em

53 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 20 e 26.

54 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Humanos Fundamentais**. Brasília: Brasilia Jurídica, 2002, p. 133.

55 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 94.

56 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Humanos Fundamentais**. Brasília: Brasilia Jurídica, 2002, p. 135-136.

desrespeito à competência reservada ao legislador, o princípio do art. 5º, §1º, CF, será afastado<sup>57</sup>. Corroborando com o exposto, José Afonso da Silva preleciona:

(...) o Art. 5º, §1º da Constituição, por seu lado, estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isso abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos do arts. 6º ao 11. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade mediata<sup>58</sup>.

Deste modo, independente da vagueza do conceito ou da expressão usada na definição dos direitos sociais, sempre haverá um núcleo essencial incontestável<sup>59</sup>, possibilitando a identificação do direito garantido e pleiteado perante o Estado. Além disso, a negação da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, seja pela doutrina ou pelas práticas políticas, econômicas e culturais, tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos, transformando-os em “letra morta”<sup>60</sup>.

Assim, diante dos argumentos expostos, é possível concluir que os direitos sociais estabelecidos pela Constituição, devem ser efetivados pelo Estado, adotando um dos meios possíveis e alcançando um nível mínimo de satisfação do fim estabelecido<sup>61</sup>, evitando que as normas adquiram apenas um “status” de programaticidade.<sup>62</sup>

57 Ibidem, p. 136.

58 SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 94.

59 JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos direitos fundamentais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelio (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 417.

60 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002, p. 23 e BELLO, Enzo. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 200-201.

61 PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem Direitos Sociais?” de Fernando Atria. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 153.

62 Para exemplificar, destaca-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo que o direito à saúde não tem caráter programático. Ementa do acórdão lavrado no RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso de Mello,

### 3º) O falso argumento da ausência de custos dos direitos individuais

Um outro argumento a ser levantado é consequência teórica e prática da classificação positivo/negativo e da visão de direitos sociais como normas programáticas. A mais relevante consequência é o estabelecimento de diferentes graus de importância e de exigibilidade entre os direitos sociais e individuais, considerando estes, por serem negativos e sem custos (e outras razões), preferíveis sobre os primeiros.<sup>63</sup>

A premissa acima baseia-se no pressuposto de que os direitos individuais, cuja efetivação independe da atuação positiva estatal, não geram custos, e os direitos sociais, dependentes da prestação estatal, geram custos.<sup>64</sup>

Todavia, essa premissa está errada. Os direitos individuais e políticos, assim como os direitos sociais, demandam gastos do Poder Público. Nesse sentido, são necessários recursos públicos para proteger direitos civis e políticos, como o devido processo legal, o acesso à justiça, o direito de matrimônio, o direito de votar e ser votado, etc.<sup>65</sup> Além disso, há o ônus indireto, decorrente de renúncias fiscais praticados pelo Estado visando à proteção de alguns

---

DJ de 23.08.2000. EMENTA: “PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOA DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT E 196. PRECEDENTES (STF) – O direito público subjetivo a saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário a assistência médico-hospitalar. - o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gestor irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. - A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consustanciada nas Leis n. 9908/93 e 10529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput e art. 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”

63 GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 223.

64 *Ibidem*, p. 152.

65 BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 238 e SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais**. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 591.

direitos de liberdade, tais como as imunidades tributárias dos livros, jornais, periódicos e do papel destinado a sua impressão (art. 150, VI, “d” da CF/88) e dos templos de qualquer culto (art. 150, VI, “b” da CF/88), assegurando a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. Também é preciso mencionar o dinheiro gasto pelos particulares para o exercício dos direitos individuais (de primeira geração), por exemplo segurança particular, taxas judiciárias, campanhas eleitorais, etc.<sup>66</sup> De outro lado, nem todas as obrigações decorrentes de prestações positivas estatais geram custos. Por exemplo, a edição de normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho não implica qualquer gasto público, pois quem deve implementá-las, em princípio, são as empresas privadas.<sup>67</sup>

A defesa de que todos os direitos são positivos e geram custos, foi difundida, especialmente, a partir da obra *The cost of rights*, de Cass Sunstein e Stephen Holmes. Afirmam os autores:

(...) liberdades privadas têm custos públicos. Isto é verdade não somente para a seguridade social, para o sistema público de assistência à saúde dos idosos e para programas de distribuição de cupons para alimentação, mas também para direitos de propriedade privada, liberdade de expressão, proteção de abuso policial, liberdade contratual, livre exercício de religião e realmente a completa panóplia de direitos característicos da tradição estadunidense.<sup>68</sup>

Além dessas idéias, Sunstein e Holmes defenderam que “o exercício dos direitos é um exercício de responsabilidade” e que “todos os direitos são frutos de uma opção social”, ressaltando, portanto, “a relação existente entre o custo da implementação de um direito e sua significação social”.<sup>69</sup>

66 LIMA, George Marmelstein. **Criticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/17760767/Criticas-a-Teoria-das-Geracoes-dos-Direitos-Fundamentais-2002>>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

67 SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 591-592 e LIMA, George Marmelstein. **Criticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. p. 07. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/17760767/Criticas-a-Teoria-das-Geracoes-dos-Direitos-Fundamentais-2002>>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

68 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The costs of rights*. New York: W. W. Norton. 1999, p. 220. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 101.

69 GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 199-201.

É preciso considerar que, a partir da concepção de que o Estado é indispensável para a efetivação de direitos e que esses direitos geram custos, são necessários recursos econômicos-financeiros para o seu custeio. Contudo, os recursos escassos tornam-se um obstáculo para a implementação de políticas públicas. E, como consequência, a carência de recursos financeiros exige dos Entes Públicos que façam opções entre as destinações, opções políticas muitas vezes acobertadas pela proteção máxima dos direitos individuais (liberdade e propriedade, por exemplo), entendidos como não geradores de custos, em detrimento da garantia dos direitos sociais, geradores de custos e com efetividade limitada sob a alegação da “reserva do possível”<sup>70</sup>.

A reserva do possível foi uma adaptação da jurisprudência constitucional alemã<sup>71</sup>, criada num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórica brasileira. Tal distinção não se reflete somente nas formas de lutas, conquistas e satisfação dos direitos, mas também nos diferentes padrões de bem-estar social entre a Alemanha e o Brasil. No primeiro, o padrão de bem-estar social é ótimo, e no segundo, ainda existem milhares de pessoas desprovidas de condições mínimas de existência digna.<sup>72</sup> Assim, a reserva do possível, criada para a realidade alemã, com o intuito de condicionar a prestação do direito social à disponibilidade de recursos, impossibilitando exigências acima de um determinado limite, foi transposta para a realidade brasileira, sendo usado erroneamente como limitação orçamentária, restringindo os direitos fundamentais, especialmente os de cunho social.<sup>73</sup>

A idéia da reserva do possível, aplicada no Brasil, está condicionada a dois componentes: a existência de recursos econômicos capazes de satisfazer a prestação social e a

---

70 PAULSEN, Leandro. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista AJUFERGS, n.1, p. 07-08, 2007. Disponível em: <[http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev01/07\\_dr\\_leandro.pdf](http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev01/07_dr_leandro.pdf)>. Acesso em: 12 de julho de 2010 e GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 204-205.

71 “A expressão ‘reserva do possível’ foi cunhada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha no julgado em que se discutia sobre a possibilidade de o Judiciário criar vagas na Faculdade de Medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados.” Trecho retirado de SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 324.

72 JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos direitos fundamentais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novello (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional**: Direitos Fundamentais. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 435.

73 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

existência de autorização orçamentária para o Estado custear a referida prestação<sup>74</sup>.

O primeiro componente remete à possibilidade de total inexistência de recursos públicos. De acordo com esse componente, portanto, somente poderia ser denegada uma pretensão pela completa falta de recursos do Estado para satisfazê-la. Esta compreensão, segundo Daniel Sarmiento, é incorreta, porque ignora a necessidade do Ente Público em atender outras demandas, também previstas constitucionalmente. Ademais, acrescenta o autor, que em virtude do direito de uma pessoa, poderia sacrificar os direitos de todos os demais que necessitam de recursos públicos, já que o Estado não poderia conceder a todos os cidadãos a prestação social pleiteada em Juízo por alguns, violando o princípio da igualdade.<sup>75</sup>

O segundo componente remete ao princípio da legalidade da despesa e a sua vinculação ao orçamento. O debate neste ponto gira em torno da possibilidade de determinação judicial para a realização de gastos, satisfazendo direitos de cunho social, sem previsão orçamentária.<sup>76</sup>

Para alguns doutrinadores, dentre eles Gustavo Amaral, o Estado deve comprovar judicialmente, de forma ampla e convincente, a impossibilidade de cumprir a norma constitucional. Ao analisar os dados fornecidos pelo Ente Público, caberia ao Judiciário apenas verificar a razoabilidade ou não dos argumentos apresentados, não podendo substituir a atuação do Administrador. Ainda complementam que o legislador é aquele com competência para quantificar e destinar os recursos para as necessidades da sociedade e a atuação do Judiciário causaria, portanto, desequilíbrio nas finanças públicas e distanciaria o erário da justiça.<sup>77</sup>

Apesar dos argumentos acima mostrarem que as decisões judiciais são exaradas sem a observância dos efeitos econômicos, é preciso ressaltar que o condicionamento dos direitos sociais ao orçamento ou mesmo à existência de recursos econômicos, submete “a força

---

74 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 569.

75 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 571-572.

76 Ibidem, p. 573.

77 AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116-117.

normativa da Constituição à vontade do legislador<sup>78</sup> e condena os direitos sociais a serem “direitos de segunda categoria”<sup>79</sup>. Nesse sentido se pronunciou o STF:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão +

---

78 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 573.

79 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 54.

disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.<sup>80</sup>(grifo meu)

Assim, o melhor entendimento é o uso da razoabilidade diante do caso concreto, distanciando das conseqüências abstratas apresentadas pelos doutrinadores. Ou seja, no caso concreto é difícil para o Judiciário averiguar o impacto econômico de suas decisões, principalmente quando o Estado apresenta informações vagas, alegando a “reserva do possível” como argumento geral. Ressalta-se, mais uma vez, a “reserva do possível” pode ser alegada pelo ente público, e ao ser suscitada deve trazer dados e documentos comprovadores da falta de recursos e da execução total das verbas previstas no orçamento para uma determinada área. A simples alegação da “reserva do possível” não é suficiente para a negação de um direito social.

Para melhor visualização do exposto, exemplifica-se.

É indispensável, para a efetivação do direito à saúde, a compra de medicamentos. Esses medicamentos são comprados de acordo com as listas e resoluções, repartidos de acordo com a competência entre os Entes Públicos. Quando um paciente pleiteia um tratamento sem resultados comprovados ou mesmo um tratamento no exterior, não é razoável que o poder público arque com essa despesa<sup>81</sup>, considerando que parte da população não tem acesso a bens de primeira natureza e que o alto custo do tratamento prejudique a população como um todo<sup>82</sup>. É claro que a não concessão do tratamento não dá garantias de que o poder público irá investir essa quantia na saúde, mas deve-se buscar, por meio da razoabilidade e da análise do orçamento, um ponto de equilíbrio, de forma a não onerar excessivamente o Estado, com prestações não previstas no seu orçamento, e que os empecilhos financeiros

---

80 Medida cautelar em argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 45. Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 04/05.2004.

81 De forma contrária: “Fornecimento de medicamento/vacina importado e sem registro na ANVISA, a portador de doença grave. POSSIBILIDADE. Bem jurídico a ser tutelado (direito à vida, à saúde e à dignidade) que se sobrepõe às normas infraconstitucionais (Lei n. 6.360/76). Responsabilidade solidária dos entes federados. Recurso desprovido.” TJSP - Apelação: APL 994092329427 SP. Relator(a): Oliveira Santos. Julgamento: 12/04/2010. Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público. Publicação: 27/04/2010.

82 CHRISTOPOULOS, Basile G. C. Orçamento e Efetivação dos Direitos Sociais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, setembro/novembro de 2009, p. 14. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-BASILE-GEORGES.pdf>>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

prejudiquem a prestação de direitos garantidos constitucionalmente.

Na verdade, busca-se a defesa dos direitos sociais, sem, contudo, submetê-los a uma absolutização ou mesmo condicionando a sua existência à provisão de recursos financeiros. É certo que a limitação de recursos existe e cabe ao legislador as “escolhas trágicas” dos gastos públicos<sup>83</sup>, escolhas que deverão priorizar os fins considerados essenciais pela Constituição<sup>84</sup>. Um desses fins essenciais é a garantia constitucional de condições mínimas e indispensáveis para uma existência digna (saúde, educação, previdência social, moradia, etc.), garantia concretizada principalmente pelos direitos de cunho social<sup>85</sup>. Assim, apesar da existência de limite de recursos disponíveis, os direitos sociais não podem deixar de ser priorizados, cabendo ao Estado implementar políticas públicas de forma a maximizar as normas de direitos sociais.

### 3.1.2 – O direito ao mínimo existencial

A idéia de mínimo existencial, adotada pela doutrina e por tribunais de diversos países

---

83 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 573.

84 BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 239.

85 JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos direitos fundamentais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelio (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 433.

(Brasil<sup>86</sup>, Portugal<sup>87</sup>, Alemanha<sup>88</sup>, Colômbia<sup>89</sup>, e outros), surgiu em decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, “a partir da conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, consagrados pela Lei Fundamental germânica”<sup>90</sup>.

No Brasil, um dos primeiros doutrinadores a possibilitar o estudo do mínimo existencial foi Ricardo Lobo Torres. Esse autor assim o definiu:

---

86 Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 131: O STF já se manifestou, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF 45: EMENTA - Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional de controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipóteses de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial” viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (Direitos constitucionais de segunda geração).

87 Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 131: Excerto da decisão do Tribunal Constitucional português que julgou inconstitucional norma violadora do mínimo de existência digna: “Conseqüentemente, importa concluir que a norma em apreciação vem atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana (sobre o valor jurídico deste princípio, cfr. José Manuel Cardoso da Costa, *Le Principe de la dignité de la personne humaine dans les jurisprudences européennes*, Science et technique de la démocratie, nº 26, Commission européenne pour la démocratie par le droit, p.53), princípio esse consagrado pelo artigo 1º da Constituição e decorrente, igualmente, da idéia de Estado de direito democrático, consignado no se artigo 2º, e ainda aflorado no artigo 63º, nºs 1 e 3, da mesma CRP”.

88 Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 129: Decisão do ano de 1975: “Certamente pertence a assistência aos necessitados como uma obrigação evidente do estado social. Isto encerra necessariamente ajuda social para os cidadãos que, por causa de suas carências corporais ou espirituais, estão impedidos para o desenvolvimento social e espiritual e não estão em condições de sustentarem a si mesmos. A comunidade estatal precisa, em qualquer caso, assegurar-lhe as condições mínimas para uma existência digna. Igualmente deve o legislador decidir, enquanto ele não tenha tratado das referidas condições mínimas, em qual medida a ajuda social pode e deve ser garantida considerando os meios existentes e outras tarefas de igual nível.”.

89 Cf. SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 576: A jurisprudência colombiana define o mínimo vital (mínimo existencial) daquele país na sentença C-776, de 2003, proferida pela Corte Constitucional da Colômbia, em que invalidou parcialmente uma lei tributária que instituía impostos numa série de produtos, inclusive bens e serviços de primeira necessidade: “El objecto del derecho fundamental al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas con el fin de evitar que la persona se vea reducida en su valor intrínseco como ser humano debido a que no cuenta con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna... El derecho fundamental al mínimo vital presenta una dimensión positiva y una negativa. La dimensión positiva de este derecho fundamental presupone que el Estado, y ocasionalmente los particulares... están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación em la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamento como ser humano. Por su parte, respecto de la dimensión negativa, el derecho fundamental al

A proteção do mínimo existencial, sendo pré-constitucional, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. (...) É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com direitos positivos como o ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública, etc.(...) Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.<sup>91</sup>

A partir das reflexões de Ricardo Lobo Torres, outros doutrinadores também passaram a estudar o mínimo existencial e as experiências germânicas relativas ao tema, passando a adotar diversos conceitos de mínimo existencial. Uns preferem defini-lo de forma simples, como Doyal e Gough, considerando o mínimo existencial como um direito à satisfação das necessidades básicas, abarcando a saúde e a autonomia<sup>92</sup>. Ainda há aqueles, como Ana Paula de Barcellos, que vinculam a dignidade da pessoa humana ao conceito de mínimo existencial.

O mínimo existencial, como exposto, é exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana. É, portanto, a redução que se pode fazer em atenção aos demais princípios (menor interferência possível na competência de legislativo e executivo e menor custo possível para a sociedade). Pela ponderação, portanto, se extrai a norma programática que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana um núcleo básico que é transformado em regra diretamente sindicável pelo judiciário: o mínimo existencial. A regra do mínimo existencial, como toda regra, é biunívoca, e a ela não se pode opor os princípios enunciados (separação dos poderes, reserva do orçamento, etc.).<sup>93</sup>

---

mínimo vital se constituye en un límite o cota inferior que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna.”.

90 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 577.

91 TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13 e 35-36.

92 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 300.

93 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado

E outros que preferem adotar a definição de Corinna Treisch, considerando a mais completa:

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural.<sup>94</sup>

Os conceitos mencionados relacionam o mínimo existencial a satisfação de necessidades básicas, como alimentação, saúde, moradia, etc., prevendo a dignidade da pessoa humana como norteador dos direitos incluídos para a satisfação desse mínimo vital. Todavia, ao conceituá-lo, a doutrina se prende a uma feição garantista e prestacional, buscando a proteção de direitos considerados vitais, mas sem delimitar a abrangência e o conteúdo essencial desses direitos a ser garantido por meio de prestações estatais. Para suprir essa defasagem, a doutrina começou a enunciar e a justificar o rol de direitos incluídos entre aqueles capazes de garantir o mínimo existencial, cumprindo a determinação constitucional de preservação da dignidade da pessoa humana.<sup>95</sup>

Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental: a educação básica, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça<sup>96</sup>. Esses elementos correspondem ao núcleo da dignidade da

---

Democrático de Direito. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116-117.

94 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 135.

95 Cf. FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 859: Ressalta-se que “a dignidade humana não se preocupa apenas com a existência biológica do ser humano, mas com a satisfação das mínimas condições de vida que assegurem a existência digna.”; AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. In: PESSANHA, Érica. A eficácia dos direitos sociais prestacionais. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 7, n. 8, p. 297-333, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24792>>. Acesso em: 06 de junho de 2010: A dificuldade, contudo, está em delimitar quais são os direitos necessários para a concretização da existência digna. Gustavo Amaral em sua obra expõe essa problemática: “Se não há divisão nítida, como saber se a prestação é exigível incondicionalmente ou não? O mínimo existencial é o mesmo em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo e interior de Alagoas e do Piauí? Se a resposta for positiva, então a escassez de recursos não estará sendo considerada. Se a resposta for negativa, então parecerá que foi incluída uma ‘condição’ que afasta a exigibilidade ‘incondicional.’”

96 BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da**

pessoa humana, assegurando as condições iniciais para o indivíduo construir autonomamente a sua dignidade.<sup>97</sup>

Na concepção de Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial abrange qualquer direito, inclusive aqueles considerados por ele como não-fundamentais, como o direito à saúde, à alimentação, etc.<sup>98</sup>

Apesar de não haver consenso sobre as prestações que compõem o mínimo existencial<sup>99</sup>, a doutrina, em sua maioria, destaca que há direitos essenciais à vida digna, como o acesso à saúde e à educação, direitos esses que se analisados objetivamente compõem o mínimo existencial em qualquer sociedade contemporânea<sup>100</sup>. Mesmo com a vinculação doutrinária dos direitos sociais prestacionais ao mínimo existencial, não se pretende aqui elencar os direitos a serem incluídos para a satisfação de um mínimo existencial, de forma abstrata, mas analisar os parâmetros a serem verificados na aplicabilidade do mínimo existencial ao caso concreto.

Um exemplo: o fornecimento de um medicamento integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que necessite dele para sobreviver e não possua recursos financeiros suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial de outro paciente, que padecendo da mesma doença, tenha recursos financeiros para comprar o medicamento, sem prejuízo da subsistência digna<sup>101</sup>.

Assim, para saber se uma necessidade é ou não vital ao indivíduo, é preciso analisar o caso concreto, aferindo a urgência e gravidade dessa necessidade material, bem como quais as conseqüências da omissão estatal<sup>102</sup>. Além disso, deve-se verificar a capacidade financeira do

---

pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

97 Ibidem, p. 259.

98 TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13.

99 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 576.

100 FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 860.

101 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 577.

102 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 576-577.

indivíduo que pleiteia a prestação estatal.<sup>103</sup>

Ao analisar esses fatores surgem problemas, e esses são vários, principalmente quando se trata de prestações de saúde.

O primeiro deles é estabelecer o que seria urgência e gravidade e as conseqüências da omissão estatal, visto que o direito à saúde busca proteger a vida e não comporta gradações. Isto é, ou faz-se determinado tratamento e obtém-se a cura, ou o indivíduo continuará doente e morrerá<sup>104</sup>.

Outro problema, decorrente desse primeiro, é delimitar se a prestação pretendida é realmente vital, ou mesmo se não há outro tratamento similar, de menor custo, que possa ser usado pelo paciente. Ao questionar isso, adentra-se na esfera de atuação do médico, que ao proferir um diagnóstico e indicar um tratamento deve fazê-lo para obter a melhora do paciente, observando o histórico clínico do paciente e os resultados do tratamento, evitando, portanto, a indicação de tratamentos sem eficácia comprovada, ou mesmo medicamentos sem registro na ANVISA.

Por último, destaca-se o problema da capacidade financeira do indivíduo que pleiteia a prestação. Em regra, a prestação concedida a um indivíduo deveria ser concedida a todas as demais pessoas na mesma situação, pois o conteúdo do mínimo existencial é dado por

---

103 Em sentido contrário, o acórdão proferido pela 1ª Turma do STJ no Resp. Nº 430.526/SP julgado em 01/10/2002, e relatado pelo Min. Luiz Fux, em que se entendeu irrelevante para a decisão do caso o fato do paciente ser Delegado de Polícia, com rendimentos muito superiores à média nacional, e o medicamento pleiteado onera-lhe na quantia de R\$ 420,00 mensais. EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM HEPATITE "C". DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. 1. Delegado de polícia que contraiu Hepatite "C" ao socorrer um preso que tentara suicídio. Necessidade de medicamento para cuja aquisição o servidor não dispõe de meios sem o sacrifício do seu sustento e de sua família. 2. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 3. O direito à vida e à disseminação das desigualdades impõe o fornecimento pelo Estado do tratamento compatível à doença adquirida no exercício da função. Efetivação da cláusula pétrea constitucional. 4. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, legítima e constitucionalmente garantida, posto assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida, sobreleva ainda destacar que a moléstia foi transmitida no exercício de sua função, e em decorrência do nobilíssimo ato de salvar a vida alheia. Representaria *sumum jus summa injuria*, retribuir-se a quem salvou a vida alheia, com o desprezo pela sua sobrevivência. 5. Recurso especial provido.

104 BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 803.

prestações a que todos os indivíduos têm direito, e não apenas aqueles que vão ao Judiciário<sup>105</sup>. Contudo, não se pode ignorar que nem sempre é possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas<sup>106</sup>, não existindo, portanto, um direito definitivo ao mínimo existencial<sup>107</sup>. Diante disso, defende-se que o critério da capacidade financeira deve ser usado para a concessão ou não de prestações na área da saúde, legitimando o uso dos direitos sociais por aqueles que realmente necessitam, evitando que se transformem em artifícios retóricos usados pelas classes mais favorecidas<sup>108</sup>.

Apesar dos problemas que ocasionam, a verificação desses fatores visa evitar a absolutização do direito ao mínimo existencial<sup>109</sup>, situação que está ocorrendo no Brasil. As instâncias inferiores têm concedido indiscriminadamente prestações positivas às classes média e alta, baseadas na universalização das prestações sociais, no direito à vida e na dignidade da pessoa humana. Em alguns casos, ocorreu a concessão de medicamentos importados, de altíssimo custo, sem analisar os efeitos sobre as demais prestações a ser custeadas pelo ente público. Porém, as políticas públicas de garantia do mínimo existencial destinam-se aos pobres, como no caso dos aidéticos, e não objetivam a concessão de todos os direitos sociais demandados com o intuito de satisfazer o mínimo existencial e a efetividade da Constituição<sup>110</sup>.

Cabe ainda salientar que a concessão sem limites de todas as prestações pleiteadas, mesmo com o intuito de satisfazer o mínimo existencial, problematiza ainda mais a limitação orçamentária, podendo acarretar a inviabilidade de outras prestações, prejudicando toda a coletividade.<sup>111</sup>

---

105 BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 820.

106 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 577-578.

107 Ibidem, p. 579.

108 Ibidem, p. 577-578.

109 Ibidem, p. 577.

110 TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 132.

111 Cf. GALDINO, Flávio. Custo dos Direitos. In: PESSANHA, Érica. A eficácia dos direitos sociais prestacionais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 7, n. 8, p. 297-333, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24792>>. Acesso em: 06 de junho de 2010: Flávio Galdino analisa o modelo teórico da verificação dos recursos, adotado por alguns autores, que

Com os argumentos expostos, pretende-se expor que o direito ao mínimo existencial não pode ser assegurado judicialmente de forma incondicional, sem a observância do caso concreto e dos custos demandados pela universalização da prestação. No caso da concessão de medicamentos, o Poder Judiciário deve ter o compromisso de analisar as peculiaridades de cada caso, verificando se existe uma política estatal que abranja a prestação pleiteada, e em caso de inexistência quais as conseqüências da concessão ou denegação do medicamento pleiteado. Não se trata de uma análise simples, mas torna-se necessária diante da escassez de recursos e na busca, assim como nos demais direitos fundamentais, da máxima efetividade, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas<sup>112</sup>.

### 3.2 – O conceito de direitos sociais fundamentais

Os direitos sociais, no Brasil, são fundamentais, e a sua fundamentalidade não pode ser negada com base em argumentos doutrinários errôneos, que distinguem os direitos individuais, como direitos negativos e sem custos, e os direitos sociais, como direitos positivos e onerosos. Essa falsa divisão afeta a aplicabilidade desses direitos, criando obstáculos a sua implementação e reforçando a idéia de que são meras normas programáticas. Na verdade, do ponto de vista estrutural e funcional, todos os direitos são equivalentes e se complementam, e os direitos civis e políticos distinguem-se dos direitos sociais pelo contexto histórico<sup>113</sup>, resgatando a idéia de modificação dos direitos pelo tempo e lugar afirmada por Norberto Bobbio<sup>114</sup>.

---

reconhece explicitamente ou implicitamente que “também as prestações públicas que integram o mínimo existencial encontram-se sujeitas aos recursos econômicos e financeiros disponíveis no momento, salientando-se apenas, contudo, que tais prestações devem receber tratamento preferencial em relação às que não ostentem tal caráter”.

112 SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 579.

113 LIMA, George Marmelstein. **Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/17760767/Criticas-a-Teoria-das-Geracoes-dos-Direitos-Fundamentais-2002>>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

114 Vide item 3.1; Cf. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 211-212: Um exemplo da modificação histórica: “Se hoje o direito à assistência médica é entendido como fundamental, assim não ocorria há alguns séculos, época em que a assistência religiosa situava-se muito acima daquela na hierarquia valorativa da sociedade (...). Nesta sociedade, sendo (como de fato eram) escassos os recursos públicos (...), a sociedade escolhia sem desassombro a prestação

Além disso, os argumentos relacionados com a viabilidade econômica e financeira para custear os direitos sociais, também não podem obstaculizar por completo a sua concretização<sup>115</sup>, pois o papel do Estado é garantir e implementar os direitos previstos constitucionalmente, seja esses direitos individuais ou sociais, garantindo, pelo menos, o mínimo vital, mínimo este necessário e indispensável para uma existência digna<sup>116</sup>.

Dessa forma, conclui-se que os direitos sociais fundamentais não são direitos contra o Estado, mas direitos através do Estado, cujo objetivo deve ser o de proporcionar melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais, garantindo, portanto, condições mínimas de existência aos seus cidadãos, possibilitando, inclusive, a igualização de situações sociais desiguais<sup>117</sup>.

---

religiosa em detrimento da médica”.

115 PAULSEN, Leandro. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista AJUFERGS**, n. 1, p. 03, 2007. Disponível em: <[http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev01/07\\_dr\\_leandro.pdf](http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev01/07_dr_leandro.pdf)>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

116 JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos direitos fundamentais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novello (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 412 e 433.

117 JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos direitos fundamentais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novello (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 412 e 441 e PAULSEN, Leandro. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista AJUFERGS**, n. 1, p. 03, 2007. Disponível em: <[http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev01/07\\_dr\\_leandro.pdf](http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev01/07_dr_leandro.pdf)>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

#### 4 - O direito à saúde: direito fundamental social

Desde os primórdios da civilização há referências de preocupação com a saúde. Essa preocupação inicialmente era ligada à sobrevivência do homem e com o passar dos séculos, os benefícios trazidos pelos avanços da medicina, possibilitaram a concepção curativa e preventiva da saúde. Os progressos médicos diversificaram as possibilidades de tratamento, e, conseqüentemente, multiplicaram os custos, restringindo o acesso da população a esses avanços tecnológicos-terapêuticos<sup>118</sup>.

O alto custo dos novos tratamentos, juntamente com o mau direcionamento das verbas públicas, trouxeram problemas aos Estados contemporâneos, responsáveis por garantir o acesso à saúde aos seus cidadãos, responsabilidade esta, em muitos destes países, previstas pela própria Constituição<sup>119</sup>.

Neste breve panorama delineado acima, foi possível observar que a concepção de direito à saúde não é atemporal, o que leva a necessidade de compreender a sua evolução antes de expor esse novo contexto sócio-político-econômico em que está inserido.

##### 4.1 – Breve histórico: a evolução da concepção de saúde no mundo e no Brasil

A concepção de saúde passou por uma grande evolução, acompanhada pelas transformações históricas, sociais, políticas e econômicas.

Nos primórdios da civilização tinha-se uma concepção mística, associando a saúde e a doença à proteção ou à desavença com uma divindade, de modo que rituais mágicos e religiosos eram realizados buscando à proteção dessa divindade<sup>120</sup>.

Apesar dessa concepção, as legislações antigas já vislumbravam a preocupação com a questão da saúde, tal como no Código de Hamurabi, em que havia proibição expressa de

---

118 SPITZCOVSKY, Celso. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, n. 18, novembro/dezembro de 2006, p. 64. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Consulta/PubOficial/PubOficialAbrePdf.php?id=144781>> Acesso em: 12 de julho de 2010.

119 Ibidem, p. 64.

120 SILVA, Júlio César Ballerini. **Direito à saúde**: Aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado. Leme: Habermann Editora, 2009, p. 49-50.

doentes portadores de dermatoses conviverem com pessoas sãs, orientação que persistiu na Lei Mosaica, no Império Romano, e na própria Idade Média<sup>121</sup>.

Assim, na Antiguidade, embora se pensasse na saúde do homem, esta preocupação limitava-se a cuidados com a não proliferação de doenças, tomando-se cautelas em relação a água, aos alimentos e a outras pessoas doentes<sup>122</sup>.

Essa concepção mudou por volta do século XVIII, período em que predominavam a idéias liberais e a auto-afirmação do indivíduo perante o Estado. Durante esse período surgiram construções filosóficas defendendo o controle demográfico. A teoria de maior destaque foi a de Thomas Malthus, com a sua lei aritmética de recursos e geométrica da população, considerando prejudicial qualquer auxílio aos mais carentes, pois somente com o controle demográfico a civilização conseguiria progresso e bem-estar. Embora houvesse a difusão dessas idéias, o assistencialismo predominou nesse período, principalmente o exercido pelas entidades caridosas que recebiam donativos para exercer a medicina curativa aos mais carentes, sendo predominante o papel da Igreja. Essa concepção foi refletida também na legislação, por exemplo a lei dos pobres na Inglaterra, em que o assistencialismo foi permitido. Mesmo com essa maior preocupação, a saúde era tratada como caridade e não era vista como direito fundamental<sup>123</sup>.

As gritantes injustiças sociais do século XIX, sobretudo na Europa e nos Estados Unidos, mudaram o paradigma social e trouxeram um novo modelo para a saúde, o modelo previdencialista. A saúde foi incorporada no contrato de trabalho e passou a ser negociada pelos sindicatos, buscando melhores condições de vida para seus filiados e seus familiares. Esse modelo foi adotado também na América Latina, predominando na primeira metade do século XX até meados de 1980<sup>124</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, foram introduzidos nos textos das Constituições contemporâneas elementos normativos vinculados à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde. A introdução desses elementos foi uma

---

121 SILVA, Júlio César Ballerini. **Direito à saúde**: Aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado. Ed. Habermann, 2009, p. 50-51.

122 Ibidem, p. 51-52.

123 CRUZ, Álvaro Souza. Direito Constitucional à Saúde. In: 2º Seminário Judicialização da Saúde, 2008, Belo Horizonte.

124 Ibidem.

reação contra os regimes políticos opressores, como o nazismo e o fascismo<sup>125</sup>. O reconhecimento da saúde como um direito foi um grande avanço, mas na prática não trouxe grandes mudanças, pois ainda era visto como norma programática, sem eficácia direta e imediata, constando apenas como um direito a ser garantido pelo Estado, sem definição de seu alcance<sup>126</sup>.

Posteriormente, com a superação desses regimes políticos, a doutrina amadureceu o pensamento em torno dos direitos fundamentais, inclusive quanto ao direito à saúde. Esse direito deixa de ter apenas uma dimensão curativa e passa a ter uma amplitude muito maior, alcançando uma dimensão preventiva, na qual se incluem as ações de saneamento básico, água potável, campanha de esclarecimento quanto ao contágio da AIDS, disseminação de doenças como dengue e febre amarela, políticas de vacinação, etc<sup>127</sup>.

Sintetizando essa evolução, Michael Walzer observou:

Na Europa durante a idade média a cura das almas era pública, a cura dos corpos era privada. Hoje, na maioria dos países europeus, a situação se reverteu: nós perdemos a confiança na cura das almas, enquanto passamos a acreditar crescente e obsessivamente na cura dos corpos... Paralelamente à mudança de atitudes, ocorreu a mudança nas instituições: da igreja para a clínica e o hospital. Mas a mudança foi gradual: um lento desenvolvimento do interesse comunitário no tratamento médico e a lenta erosão no interesse pela cura religiosa.<sup>128</sup>

Essas transformações permitiram que a saúde assumisse uma dupla concepção, curativa e preventiva, predominando o modelo universalista e gratuito, principalmente em países como o Brasil, Colômbia, Chile, e outros. Nesses países, a concepção de saúde também passou por evoluções, acompanhadas pelo desenvolvimento econômico-político-social de cada época.

No Brasil, as primeiras referências são datadas do século XIX, com a chegada da Corte Portuguesa. A preocupação com a questão da saúde estava em torno de combate à

---

125 BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 29 de agosto de 2010.

126 CRUZ, Álvaro Souza. Direito Constitucional à Saúde. In: 2º Seminário Judicialização da Saúde, 2008, Belo Horizonte.

127 Ibidem.

128 TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro:Renovar, 2009, p. 252-253.

doenças como lepra e peste, e o controle sanitário sobre portos e ruas. Apenas nos anos de 1870 e 1930 que o Estado passou a praticar algumas ações mais efetivas, como campanhas de vacinação para controle de doenças epidêmicas. Até esse período, não haviam ações públicas curativas, que ficavam sob encargo de serviços privados e da caridade<sup>129</sup>.

Somente a partir da década de 30 inicia a estruturação básica do sistema público de saúde brasileiro. Foram criados o Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos da Previdência (IAPs), estes últimos ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Contudo, a saúde pública era limitada àqueles que contribuía para os institutos da previdência<sup>130</sup>.

Novas alterações ocorreram com o regime militar. Houve a unificação dos antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs), e foram criados o INPS – Instituto Nacional de Previdência Social, o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. A partir desse novo sistema, todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde. No entanto, o sistema possuía diversos problemas. A priorização da medicina curativa foi incapaz de solucionar problemas de saúde coletiva (endemias e epidemias) e melhorar os indicadores de saúde (mortalidade infantil e expectativa de vida). Ademais, o constante aumento dos custos da medicina curativa, os desvios de verbas do sistema previdenciário para cobrir despesas de outros setores, o não repasse pela União dos recursos destinados para o sistema previdenciário e o grande contingente da população que continuava excluída do direito à saúde, por não integrarem o mercado de trabalho formal, acentuaram ainda mais os problemas existentes<sup>131</sup>.

#### 4.2 – A Constituição Federal de 1988 e a delimitação do direito à saúde

Com a redemocratização, buscou-se fortalecer a proteção dos direitos humanos, valorizando a dignidade humana e o direito à vida. Também nesse período intensificou o

129 BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 883.

130 Ibidem, p. 883-884.

131 Ibidem, p. 884.

debate em torno do direito à saúde. Em 1986, na 8ª Conferência Nacional de Saúde, os setores sanitários reuniram-se numa pré-constituente e decidiram: que a saúde seria reconhecida como direito universal, que seria criado o SUS – Sistema Único de Saúde e que a saúde seria integrada na seguridade social<sup>132</sup>. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, afinada com a evolução constitucional contemporânea<sup>133</sup>, reconheceu a saúde como bem jurídico consagrando-o como direito fundamental e direito social – arts. 6º e 196<sup>134</sup> – garantido a todos os brasileiros e o instituindo como dever estatal.

Esse novo panorama, permitiu a ampliação da concepção de saúde, definida agora como “o estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade”<sup>135</sup>. E a Constituição brasileira de 1988 foi além. Reconheceu a saúde como direito de todos, garantindo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, e impondo ao Estado o dever de garanti-la, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos<sup>136</sup>. Assim, ao definir o direito à saúde, a Constituição Federal de 1988 traça critérios gerais norteadores das políticas públicas, ratificados e esmiuçados pelas normas infraconstitucionais, garantindo a sua concepção mais ampla.

#### 4.2.1 - Critérios norteadores da aplicação do artigo 196 da Constituição Federal:

---

132 CRUZ, Álvaro Souza. Direito Constitucional à Saúde. In: 2º Seminário Judicialização da Saúde, 2008, Belo Horizonte.

133 Cf. LEAO, Lidiane Nascimento. **Direito à saúde**: direito fundamental e subjetivo? Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/lidiane\\_nascimento\\_leao.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/lidiane_nascimento_leao.pdf)>. Acesso em: 29 de agosto de 2010: “No direito internacional, coube à Declaração Universal da ONU, de 1948, o pioneirismo no que diz com a previsão expressa de um direito à saúde. Com efeito, nos seus artigos 22 e 25, a Declaração dispõe, aqui de forma resumida, que a segurança social e um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa humana são direitos humanos fundamentais. Posteriormente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil, dispõe, no seu artigo 12, a respeito do direito de desfrutar do mais alto grau de saúde física e mental. Também na Convenção dos Direitos da Criança, já com a dimensão específica voltada para a questão da saúde da criança e do adolescente, bem como na Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1989, ambas igualmente ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao nosso direito interno, encontramos nova referência ao direito à saúde.”

134 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. 10, janeiro, 2002, p. 02. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de junho de 2010.

135 Conceito de saúde adotado pela Organização Mundial de Saúde. Retirado de CRUZ, Álvaro Souza. Direito Constitucional à Saúde. In: 2º Seminário Judicialização da Saúde, 2008, Belo Horizonte.

136 Artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

### **universalidade, igualdade e integração.**

Um dos critérios norteadores das políticas públicas na área da saúde é a universalidade. Esse critério está vinculado a idéia de que qualquer pessoa, seja brasileiro ou estrangeiro residente no país, pode beneficiar-se dos serviços públicos de saúde, independente de filiação ou contribuição ao regime previdenciário. Está previsto no art. 196 da Constituição Federal de 1988, e no art. 7º, I da Lei nº 8080/90, este último complementando que o acesso universal no âmbito do Sistema Único de Saúde abrange todos os níveis de assistência, desde o básico até o mais complexo<sup>137</sup>.

Para alguns autores, dentre eles Marlon Alberto Weichert, a universalidade das prestações da saúde implica em gratuidade.<sup>138</sup> Na verdade, a Constituição de 1988 não institui a gratuidade dos serviços públicos de saúde<sup>139</sup>. De forma contrária, em seu art. 198 prevê que o SUS será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, que incidirão direta ou indiretamente sobre a sociedade<sup>140</sup>. Ademais, o constituinte, no inciso I do parágrafo único do art. 194, ao tratar da seguridade social – gênero que inclui a saúde, a previdência e a assistência – previu ser um dos objetivos a cobertura e o atendimento universais. Se a gratuidade estivesse vinculada a universalidade não poderia ser aplicado à previdência social, reconhecidamente dependente de contraprestação pecuniária<sup>141</sup>.

Apesar dos argumentos levantados pela doutrina negando a gratuidade da saúde, o sistema público de saúde vigente é sim gratuito, não por determinação constitucional, mas por

---

137 HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 829-830.

138 Cf. WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 830: Para Weichert, nem mesmo à parcela da população financeiramente mais aquinhoadada poderia ser exigida contraprestação, uma vez que “a saúde é direito social subjetivo de todo e qualquer cidadão (universal), ao qual corresponde o dever do Estado de prestar serviços integrais para sua promoção e recuperação.

139 HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 830.

140 TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 247-248.

141 HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 830.

previsão da Lei 8080/90.<sup>142</sup> E, por conta dessa norma infraconstitucional, restou vedada qualquer cobrança pelos serviços fornecidos pelo SUS, independente da condição financeira apresentada pelo usuário. Entretanto, é preciso salientar que a gratuidade só é obrigatória para os serviços amparados pela Lei 8080/90; conseqüentemente, se pleiteada em juízo qualquer outra prestação não abrangida, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não incluídos nas listagens oficiais, é requisito indispensável a aferição da hipossuficiência do postulante<sup>143</sup>.

Nesse sentido, Ingo Sarlet afirma:

o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde.<sup>144</sup>

Esta última abordagem da universalidade está diretamente ligada ao critério da igualdade, extraído do art. 196 da CF e do art. 7º, inciso IV, da Lei 8080/90. Inicialmente, a igualdade pretende evitar quaisquer formas de discriminação ou privilégio, garantindo a todos os usuários do sistema público de saúde os mesmos serviços<sup>145</sup>. Contudo, a realidade mostrou-se diversa e a igualdade pretendida pelo constituinte não foi alcançada. A maioria dos hospitais credenciados pelo SUS prestam serviços precários, e os poucos centros especializados têm uma demanda diária maior do que são capazes de absorver<sup>146</sup>. Somado a isso, as concessões de demandas individuais com pedidos de internação e realização de cirurgias, sem a verificação da disponibilidade de vagas e da existência de outros pacientes em lista de espera, inviabilizam a igualdade de tratamento e suscitam questões de difícil solução: é viável ordenar a internação de um postulante em detrimento de paciente que

---

142 Art. 43, da Lei 8080/90: A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

143 HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 831.

144 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 830.

145 HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 832.

146 Ibidem, p. 833-834.

aguarda sua vez numa lista de espera? É possível a concessão de medicamentos importados ou tratamentos médico-cirúrgicos no exterior, se impossível concedê-los a todos os pacientes que viessem a postulá-las?<sup>147</sup>

A análise dessas questões, sob a ótica exclusiva do critério da igualdade, nos leva a um raciocínio simples e que inviabilizaria, de plano, a sua concessão: a primeira questão remonta a idéia de que não há vagas disponíveis para todos, e a concessão de ordem em benefício de um causará a exclusão de outro paciente que não se valeu do Judiciário<sup>148</sup>; a segunda questão, traz demandas de altíssimo custo, o que inviabilizaria a concessão a todos aqueles que a pleiteassem<sup>149</sup>.

Salienta-se que o critério da igualdade não pretende que o Estado deva garantir tantas vagas quantos forem os interessados em receber tratamento em determinado hospital, nem que sejam deferidas pretensões sem a análise de sua repercussão orçamentária. O critério da igualdade busca o igual acesso ao tratamento, baseado em critérios razoáveis e transparentes de seleção. E, embora o critério da igualdade impossibilite, em muitos casos, o deferimento dos pedidos, é importante ressaltar que não se trata de “idéia-força incontornável”. Ou seja, diante da demanda postulada em juízo, cabe ao Poder Público efetivamente comprovar a impossibilidade de sua extensão aos demais usuários, bem como o prejuízo imediato que adviria a direito alheio caso atendida a pretensão, não bastando a simples alegação de infringência da isonomia<sup>150</sup>.

Um outro critério a ser observado é o da integralidade. Está previsto no art. 198, II da Constituição Federal e nos arts. 5º, III e 7º, II da Lei 8080/90. Compreende a realização integrada de ações preventivas (campanhas de vacinação, por exemplo) e assistência terapêutica, independentemente da gravidade da enfermidade ou da complexidade do tratamento por ela exigida, seguindo as norma técnico-científicas e objetivando a eficácia terapêutica<sup>151</sup>. A integralidade é, portanto, um conjunto articulado e contínuo de ações e

---

147 HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 832 e 834.

148 Ibidem, p. 834.

149 Ibidem, p. 832.

150 Ibidem, p. 832-834.

151 Ibidem, p. 834-835.

serviços preventivos e curativos, que podem ser exigíveis individual e coletivamente<sup>152</sup>.

Embora o critério da integralidade das prestações à saúde devam buscar uma concepção ampla, abarcando o máximo de ações preventivas e curativas capazes de propiciar bem-estar à população, essa amplitude não pode ser vista como assistência irrestrita ou ilimitada. Primeiramente, porque seria economicamente impossível custear todos os tratamentos, principalmente os tratamentos experimentais, aqui referidos como aqueles sem eficácia científica comprovada<sup>153</sup>. Tampouco seria possível considerar que os medicamentos não aprovados pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – estejam inseridos no âmbito da integralidade da assistência. Ora, se o fármaco ainda não foi testado e liberado para consumo e comercialização no país, não pode o juiz, substituindo a autoridade técnica competente, e com o simples fundamento na prescrição médica, determinar a sua aquisição e distribuição compulsória<sup>154</sup>.

Ademais, a assistência integral não alcança o direito ao melhor tratamento de saúde existente. Primeiramente, porque o dever estatal de prover prestações tem o limite natural do estágio de desenvolvimento da Medicina no país, bem como das terapias disponíveis e do padrão de atendimento possível. Se a integralidade fosse entendida como um direito absoluto ao melhor tratamento, o sistema de prestações seria impraticável, sempre podendo exigir procedimento e técnicas mais avançadas<sup>155</sup>.

---

152 Ibidem, p. 834.

153 Cf. HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 836: Em relação a concessão de tratamentos experimentais no exterior, é possível perceber a mudança de posicionamento dos nossos tribunais. Na década de 90, doentes cometidos de distrofia muscular de Duchenne pleitearam um transplante inovador, denominado myoblast transfer therapy, a ser realizado no Estado Unidos e às expensas do Poder Público. O pedido foi deferido pelo Ministro Celso Mello, no julgamento da petição nº 1246 MC/SC, ocorrido em 31/01/1997. Posteriormente, foi comprovado que o tratamento experimental era ineficaz e prejudicial ao paciente pela ocorrência de vários efeitos colaterais. Mais recentemente, várias demandas foram promovidas por pacientes portadores de retinose pigmentar, pleiteando o custeio de tratamento em centro oftalmológico cubano e seus pedidos foram negados, pela inexistência de comprovação científica da sua eficácia – caso do RE nº 458.927/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27/07/2006.

154 Ibidem, p. 835-836. Contra: Ibidem, p. 836-837: De forma contrária a decisão prolatada pelo Min. Edson Vidigal, em 08/09/2004, então Presidente do Superior Tribunal de Justiça, na suspensão de segurança nº 1408/SP, que determinou o fornecimento do medicamento comercializado sob a denominação de Iressa, com o fundamento de que “o simples fato de inexistir registro do medicamento no Ministério da Saúde” não representaria “ameaça de lesão à ordem ou à saúde pública”, nem tampouco a saúde da demandante, já que havia prescrição por médico responsável. Esse é mais um exemplo de grande gasto de dinheiro público inutilmente. Em 17/12/2004, a Food and Drug Administration (FDA) reconheceu o insucesso dos estudos científicos com o Iressa.

155 Ibidem, p. 837.

Por último, salienta-se que o critério da integralidade não pode ser usada como argumento para uma instrumentalização do sistema público pelo sistema privado. Ou seja, não se pode aceitar que o paciente recorra ao SUS exclusivamente para obter medicamentos ou exames prescritos por médico particular. As ações e serviços de saúde prestados pelo Estado são universais e gratuitos; entretanto, para que a assistência seja integral, é preciso que o paciente busque a rede pública e se submeta ao regime que lhe é próprio, cabendo o diagnóstico e acompanhamento terapêutico a ser realizado pelo médico especialista do SUS<sup>156</sup>. Corroborando o exposto, Lenir Santos expõe:

Integralidade da atenção é uma ação de mão dupla: paciente e profissionais devem manter uma vinculação, não podendo o SUS ser uma atividade complementar do setor privado, apenas fornecendo exames, medicamentos, realizando cirurgias ministradas por profissionais que não pertencem ao setor público de saúde. A primeira imposição para que a integralidade ocorra é o paciente observar as regras do SUS no tocante ao acesso. Pode acessar os serviços, mas tem que respeitar seus regramentos. Se o SUS vincula a assistência farmacêutica à prescrição, pelo seu profissional, do medicamento; se vincula a cirurgia, a fisioterapia, os exames complementares a uma prescrição de profissionais do SUS, o paciente não poderá, mediante prescrição privada, ir buscar os serviços públicos. Se não houver esse respeito às normas públicas, teremos um esfacelamento, um fracionamento da atenção e um sistema público complementar ao sistema privado em vez de um sistema público integral.<sup>157</sup>

Assim, o art. 196 da Constituição Federal ampliou o conceito de saúde, assegurando-o como direito universal (sem exclusões de indivíduos nem de grupos), integral (sem exclusões de serviços) e igual (assistidos a todos que estejam em condições equivalentes), independente do seu acesso ao Poder Judiciário.

---

156 HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 839.

157 Cf. SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 840.

## 5 – A tutela judicial do direito à saúde

Atualmente, as demandas individuais pleiteando tratamento médico ou custeio de medicamentos têm grandes chances de serem julgadas procedentes, graças a garantia constitucional do direito à saúde e a sua estreita relação com o direito à vida<sup>158</sup>. Ocorre que, os tribunais não têm observado os critérios obrigatórios estabelecidos pela Constituição Federal, especialmente dos arts. 196 a 200, e pelas normas infraconstitucionais, para a concessão ou não da prestação pleiteada<sup>159</sup>, o que vem acarretando decisões contraditórias e, por vezes, concessões descabidas, penalizando o orçamento público e prejudicando as demais prestações sociais.

Destarte, para o ajuizamento e julgamento dessas ações, além da razoabilidade e da proporcionalidade, o julgador deve observar algumas peculiaridades.

### 5.1 – A titularidade da demanda

Para o ajuizamento de ações pleiteando prestações na área da saúde, o autor precisa demonstrar, mediante documentos (atestados médicos, exames, receituários médicos, etc.), que é portador de doença, necessitando de medicação ou tratamento periódico não disponibilizado por nenhum ente estatal. É imprescindível também que o postulante demonstre que o medicamento pleiteado é eficaz para o seu tratamento e que não tem condições de custeá-lo<sup>160</sup>.

Ademais, nos casos em que o ente estatal disponibiliza outros medicamentos para a doença acometida pelo paciente/autor, este deve comprovar (histórico clínico da doença) que é refratário, necessitando, portanto, de medicamento não incluído nas listagens oficiais. Ou seja, é ônus do autor comprovar que é um paciente resistente às terapêuticas de prescrição

---

158 HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 827.

159 Ibidem, p. 829.

160 FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 868.

usual e, em virtude de resultados insatisfatórios, pleiteia tratamento diverso do fornecido pelo ente público<sup>161</sup>.

Por último, salienta-se que o paciente/autor deve ser acompanhado por médico especialista do SUS, requisito este, conforme já demonstrado (item 4.2.1), de grande importância para a integralidade da assistência. Assim, os receituários, declarações e históricos anexados nos autos devem ser provenientes de médico especialista do SUS ou de estabelecimentos universitários, demonstrando que o demandante buscou a rede pública e está seguindo as regras desse regime<sup>162</sup>.

## 5.2 – A legitimidade passiva: responsabilidade solidária entre União, Estados e Municípios?

Na prática, os maiores acionados a cumprir prestações de saúde são os Estados e os Municípios<sup>163</sup>, e estes, tentam se eximir da prestação vindicada, alegando sempre a ilegitimidade passiva e tentando incluir outro ente federal. Antes de verificar qual ente é o responsável pelas prestações de saúde, cabe esclarecer a competência de cada um dos entes federais dentro do Sistema Único de Saúde.

O Sistema Único de Saúde – SUS – é composto por uma rede de prestações de serviços regionalizadas, organizada de acordo com as diretrizes de descentralização (art. 16, XIV e art. 17 da Lei 8080/90), cabendo ao SUS municipal, as ações de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III da Lei 8080/90)<sup>164</sup>.

161 HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 839.

162 Cf. OLIVEIRA, Luciano Moreira de; CARRUSCA, Fernando César Vieira. Critério censitário para acesso a direitos humanos – o acesso à saúde no estado democrático de direito. **Revista Jurídica do Ministério Público**, Belo Horizonte -MG, vol. 6, jan/jun, p. 362: Em sentido contrário, argumenta Luciano Moreira de Oliveira e Fernando César Carrusca Vieira: “a exigência pelo receituário médico do SUS levaria os pacientes a procurarem os médicos da rede pública, apesar de já terem se consultado em outros serviços, apenas com o intuito de receber uma receita, o que traria um ônus dispensável ao sistema e geraria riscos desnecessários à saúde dos pacientes. Enfim, a exigência ora em comento, representa exclusão muito maior que a inclusão que pretende”.

163 HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 401.

164 BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de

Com essa distribuição de competências, o Município assume plenamente o papel de gestor do sistema de saúde e os Estados e a União assumem responsabilidades específicas e complementares, firmando-se a descentralização administrativa<sup>165</sup>.

Nesse contexto de divisão administrativa hierarquizada e regionalizada, os Estados e a União são responsáveis pelas ações e serviços de maior complexidade, atuando de modo supletivo, suprindo eventuais ausências dos Municípios; e os Municípios são responsáveis pela concretização de ações e serviços de menor complexidade, atuando de forma subsidiária<sup>166</sup>.

Não obstante essa repartição administrativa de competência, precariamente esboçada pela Lei 8080/90, o Poder Judiciário brasileiro vem, reiteradas vezes, se posicionando pela responsabilidade solidária entre as três esferas de poder, independente das atribuições estipuladas pela legislação infraconstitucional<sup>167</sup>.

Recentemente, a Presidência do Supremo Tribunal Federal proferiu diversas decisões<sup>168</sup>, ratificando a idéia de solidariedade entre os entes federais<sup>169</sup>, a exemplo do

---

Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 886.

165 MACHADO, Janaina Cassol. A concretização do direito à saúde sob o viés do fornecimento de medicamentos não inclusos na Relação Nacional de Medicamentos Especiais – RENAME. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 20, out. 2007, p. 06. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/janaina\\_cassol.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/janaina_cassol.html)> Acesso em: 16 de agosto de 2010.

166 BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.886.

167 GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. **Academia Brasileira de Direito**, São Paulo, 1 fev. 2008. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=1451&categoria=Sanitário](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1451&categoria=Sanitário)>. Acesso em: 06 de junho de 2010.

168 O ministro Gilmar Mendes foi o relator das Suspensões de Tutela 175, 211 e 278, das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e da Suspensão de Liminar 47, decisões em que discute os critérios de fornecimento de medicamentos.

169 Destaca-se algumas decisões dos Tribunais Superiores que definiram a solidariedade entre os entes públicos: MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (RE 19592/RS, STF, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, unânime, DJ 31.03.2000). No mesmo sentido: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. 1.

declarado na Suspensão de Tutela nº 175, formulada pela União, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do TRF da 5ª Região, nos autos da apelação cível nº 408729/CE – 2006.81.00.003148-1 - (fls. 86/87):

A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade, e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área da saúde. O fato do Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

Tal posicionamento traduz a idéia de que a repartição de atribuições entre as três esferas de poder não pode ser imposta como argumento capaz de eximir o ente federal de sua responsabilidade<sup>170</sup>. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis conjuntamente pelas políticas sanitárias, inclusive pelo seu financiamento. Todavia, a solidariedade não pode ser tratada como competência comum<sup>171</sup>. Ressalta-se, mais uma vez, que cada ente tem uma competência, e mesmo que a repartição de atribuições efetuada pela Lei 8080/90 e por inúmeros atos administrativos seja um esboço, deve ser preservada para evitar que um dos entes seja excessivamente onerado.

Desse modo, o primeiro dado a ser verificado é a existência ou não de uma política

---

Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando as questões levadas ao conhecimento do Órgão Julgador foram por ele apreciadas. 2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva da União para figurar em feito cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção de pessoa carente, portadora de atrofia cerebral gravíssima (ausência de atividade cerebral, coordenação motora e fala). 3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. 4. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda. 5. Recurso especial desprovido" (REsp 507.205/PR, STJ, Primeira Turma, Min. José Delgado, DJ 17.11.2003)

170 GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. **Academia Brasileira de Direito**, São Paulo, 1 fev. 2008. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=1451&categoria=Sanitário](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1451&categoria=Sanitário)>. Acesso em: 06 de junho de 2010.

171 BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 902.

estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Se algum dos entes disponibilizar a prestação, cabe àquele ente e não a outro. Por exemplo, a Portaria nº 2577 de outubro de 2006, dentre outros medicamentos, prevê que o Estado de Minas Gerais fornecerá o medicamento *Gabapentina*, para portadores de epilepsia refratária. O ato administrativo (portaria) vincula o Estado de Minas Gerais ao fornecimento do medicamento *Gabapentina* a todos aqueles pacientes que necessitam da medicação. Contudo, se a prestação pleiteada não estiver entre as políticas do SUS de nenhum dos entes federados, qualquer deles poderá ser acionado a prestá-la. Em caso da ação ser proposta contra apenas um ente federado, esse deve ser compensado pelos demais, já que estão todos obrigados solidariamente ao custeio da prestação<sup>172</sup>.

As questões em torno da legitimidade passiva, constantemente suscitadas pela jurisprudência e pela doutrina, são complicadas, principalmente porque não há uma repartição de atribuições clara entre os entes federativos. Assim, em vista da determinação genérica da competência dos entes públicos, cabe, de forma a organizar o complicado sistema de repartição de atribuições, seguir uma lógica simples: todas as prestações dispostas por portarias, deliberações ou outros atos administrativos vinculam os entes da federação. As demais, não dispostas nos atos administrativos, devem ser divididas entre os entes públicos pelo nível de complexidade: as prestações básicas devem ser disponibilizadas pelos Municípios e as prestações mais complexas devem ser de competência dos Estados e da União, evitando que apenas um dos entes seja responsabilizado a custeá-las, e a prática tem demonstrado que os Municípios estão atuando com uma sobrecarga muito maior do que os outros entes da federação.

---

172 FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008., p. 869.

## 6 – A questão específica da distribuição de medicamentos

Os pacientes e usuários do Sistema Único de Saúde têm o direito de receber regularmente os medicamentos que lhes forem prescritos, direito este derivado do art. 196 da Constituição Federal e explicitado pelo art. 6º, I, d da Lei 8080/90<sup>173</sup>, bem como pelos inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria nº 3916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a política nacional de medicamentos<sup>174</sup>. De forma simplificada, esta portaria define publicamente os programas, orientações, formulações políticas e administrativas acerca da estratégia geral, bem como aponta as competências para atuação nos três níveis de governo<sup>175</sup>.

No âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica foi traçada, assim como as demais políticas públicas na área da saúde, com base na descentralização, prevendo que devem ser definidas as atuações de cada ente estatal, evitando a desarticulação dos programas<sup>176</sup>.

Assim, compete as três esferas de poder a elaboração de listas de medicamentos a serem distribuídos à população. Para evitar a desarticulação dos programas, cabe ao gestor federal a formulação da Política Nacional de Medicamentos, que inclui a elaboração da Relação Nacional de Medicamento – RENAME – e o auxílio aos gestores estaduais e municipais. Além dessas funções, compete a União, em conjunto com os Estados e o Distrito Federal, a aquisição e distribuição dos medicamentos excepcionais<sup>177</sup>, conforme disposto nas

---

173 O art. 6º, I, d da Lei 8080/90 prevê: “Estão incluídos no campo de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica.”

174 BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 887.

175 Ibidem, p. 887.

176 Art. 2º, IV da Resolução nº 338 de 06 de maio de 2004. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/resol\\_cns338.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/resol_cns338.pdf)>. Acesso em: 07 de outubro de 2010.

177 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 888-889: “Os medicamentos de dispensação em caráter excepcional são aqueles destinados ao tratamento de patologias específicas, que atingem número limitado de pacientes, e que apresentam alto custo, seja em razão do seu valor unitário, seja em virtude da utilização por período prolongado. Entre os usuários desses medicamentos estão os transplantados, os portadores de insuficiência renal crônica, de esclerose múltipla, de hepatite viral crônica B e C, de epilepsia, de esquizofrenia refratária e de doenças genéticas como fibrose cística e a doença de Gaucher”.

Portarias nº 2577/GM, de 27 de outubro de 2006, e nº 1321, de 05 de junho de 2007<sup>178</sup>.

Ao gestor estadual cabe definir os medicamentos excepcionais que serão disponibilizados para doenças específicas, que atingem um número limitado de pacientes, e costumam utilizá-lo por períodos prolongados. No caso do Estado de Minas Gerais, a Secretaria de Estado de Saúde, por meio de resoluções e deliberações, lista os medicamentos e os tratamentos que serão disponibilizados. Um de seus programas, Programa Farmácia de Minas, visa à efetivação de um modelo de assistência farmacêutica focado na atenção primária à saúde, ampliando o acesso da população aos medicamentos básicos. Por meio deste Programa, as unidades de saúde dos municípios recebem uma cesta composta por analgésicos, antibacterianos, antianêmicos, antiinflamatórios, antiepiléticos, ansiolíticos, broncodilatadores, antidepressivos, sedativos, antiácidos e antiparasitários. Os medicamentos são distribuídos gratuitamente, por meio dos Postos de Saúde<sup>179</sup>. Além desses medicamentos, por meio de outros programas e deliberações, são disponibilizados medicamentos para: Doença de Gaucher, Doença de Parkinson, Alzheimer, Hepatites B e C, pacientes renais crônicos, transplantados, portadores de asma grave, anemia, dentre outras. Os medicamentos indicados para o tratamento dessas doenças são, geralmente, medicamentos excepcionais, dependentes de aprovação específica das Secretarias Estaduais de Saúde e de custo unitário geralmente elevado.

Ao gestor municipal cabe definir a relação de medicamentos essenciais, dentre aqueles elencados na RENAME, e executar a assistência farmacêutica<sup>180</sup>, ou seja, deve possuir a sua própria relação de medicamentos padronizados, fornecendo os medicamentos considerados básicos e essenciais, excepcionados aqueles competentes aos Estados Federados.

Definidas as competências dos entes estatais, observar-se que os medicamentos não contemplados pelos programas desenvolvidos pelos gestores federal e estadual e que sejam

---

178 BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 888-889.

179 Informações disponíveis em: <[http://www.saude.mg.gov.br/politicas\\_de\\_saude/farmacia-de-minas](http://www.saude.mg.gov.br/politicas_de_saude/farmacia-de-minas)>. Acesso em: 07 de outubro de 2010.

180 BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 888-889.

essenciais, são da competência do município. A dificuldade que surge é a de delimitar quais os medicamentos seriam essenciais. Essencial seria todo aquele de baixo custo? Ou aquele específico e necessário para o tratamento do paciente? A falta de definição da abrangência de “medicamento essencial” torna a competência dos municípios subsidiária: se o medicamento necessário ao paciente não está na lista de medicamentos excepcionais fornecidos pela União e pelo Estado, caberá ao Município fornecê-lo.

Todavia, essa política de distribuição de competências adotada vem gerando sérios problemas, principalmente de ordem financeira. Da forma como está sendo aplicada, os Estados são tratados como meros executores da Política Nacional de Assistência Farmacêutica traçada pelo Ministério da Saúde, adquirindo e fornecendo medicamentos restritos aos programas estabelecidos pelo Ministério da Saúde. Como esses programas abarcam poucas doenças, a responsabilidade maior recai sobre os Municípios<sup>181</sup>.

Essa maior responsabilidade dos municípios não é somente verificada na assistência farmacêutica. É também estabelecida pela Constituição Federal, no art. 30, prevendo que a ação pública junto à população cabe aos Municípios. Aos Estados e à União restam as tarefas de regulamentar, assistir e prover financeiramente<sup>182</sup>, sem qualquer especificação de que a maior responsabilidade financeira recairia sobre os municípios.

Na verdade, os recursos para a prestação dos serviços de saúde vêm da União, dos Estados e dos próprios Municípios. Os Municípios além de receber os repasses feitos pelo ente da federação, deveriam aplicar na saúde pelo menos 15% (quinze por cento) do produto da arrecadação de impostos de sua competência e dos que lhe são repassados, conforme dispõe a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000<sup>183</sup>. Os valores citados, em tese, seriam suficientes para a prestação do serviço.

Embora alegada a suficiência de recursos para as prestações de saúde de boa qualidade, a realidade mostra um sistema público de saúde sem a mínima qualidade de atendimento<sup>184</sup>, seja por insuficiência de recursos, seja por ineficiência da competência

---

181 MORAES, Décio Monteiro. Direito à Saúde da Criança – Incumbência do Poder Público, Intervenção do Ministério Público e o Papel do Poder Judiciário. **Revista Jurídica do Ministério Público**, Belo Horizonte – MG, vol. 7, jul/dez, p. 407.

182 Ibidem, p. 407.

183 Ibidem, p. 408.

184 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 17.

gerencial. No caso do Município de Juiz de Fora, o Prefeito, Custódio Matos, alegou que o problema é o financiamento, já que a União e o Estado de Minas Gerais reduziram as verbas repassadas ao Município, e a demanda e a exigência de qualidade não condiz com o dinheiro que se tem<sup>185</sup>. Além disso, uma parte da verba destinada a assistência farmacêutica é usada para aquisição e fornecimentos de remédios não descritos na lista, por determinação judicial. As demandas judiciais, cada vez em maior número, vêm interferindo diretamente nas políticas públicas de saúde, principalmente as municipais, já que a sua competência tem sido vista pelo Judiciário como subsidiária.

### 6.1 – Os problemas em torno das demandas judiciais por medicamentos

As demandas judiciais pleiteando medicamentos são cada vez mais frequentes no Judiciário, tanto em ações individuais quanto em ações coletivas. Essas demandas vem gerando intenso debate na doutrina e na jurisprudência, visto que causam impacto não só na saúde, mas no direito à vida dos demandantes e nas responsabilidades e encargos dos gestores do SUS<sup>186</sup>. É inegável a importância do tema, principalmente ao analisar as posições jurídicas: para alguns, toda e qualquer prestação de saúde está abrangida pela proteção constitucional e deve ser concedida, enquanto outros esvaziam a força da Constituição, concedendo apenas o que está previsto nas legislações e regulamentações infraconstitucionais<sup>187</sup>.

Concedido o pleito, seja por força constitucional, seja por regulamentado infraconstitucional, deve o Judiciário verificar as peculiaridades do caso concreto, evitando a desorganização da Administração Pública. Essa desorganização ocorre por destinação de verba, que não estava prevista, para a compra do medicamento determinado judicialmente, acarretando desfalque no orçamento destinado a compra de medicamentos essenciais, previsto

---

185 Relato feito pelo Prefeito Municipal de Juiz de Fora, Custódio Matos, na abertura do 1º Encontro entre Ministério Público, Defensoria Pública e Gestores Integrantes da Macrorregião de Saúde Sudeste – Minas Gerais, realizado em 11 de junho de 2010.

186 RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger\\_rios.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html)>. Acesso em: 16 de agosto de 2010.

187 Ibidem.

em portarias e resoluções. Além disso, é comum que o medicamento pleiteado seja parte de um programa de atendimento integral, fornecendo além do fármaco, atendimento médico, social e psicológico<sup>188</sup>. Se uma decisão judicial determina a entrega imediata deste medicamento sem a vinculação ao programa, geralmente o ente estatal retira este medicamento do programa, desatendendo um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante<sup>189</sup>.

Dessa forma, para evitar uma maior desorganização da Administração, inclusive uma interferência do Poder Judiciário na esfera de outros Poderes, deve-se verificar se o medicamento pleiteado faz parte ou não de políticas estatais. Se fizer parte, ainda deve-se ter o cuidado de observar se está incluído em um dos programas de atendimento integral, sendo, neste caso, necessário a inserção do Paciente/Autor neste programa, possibilitando que lhe seja ofertado atendimento médico, social e psicológico, tratamento com maior eficácia do que a mera entrega do fármaco. Se não existir política estatal de fornecimento do medicamento pleiteado, deve ser analisado o caso concreto, restando ao Autor/Paciente a comprovação da necessidade do remédio, preferencialmente na sua forma genérica, e, se possível, a sua substituição por outro dentre aqueles fornecidos pelo ente estatal.

Todas essas precauções visam a não onerar excessivamente os entes estatais, impondo-lhes obrigações de fornecimento de todo e qualquer medicamento. Na verdade, a proposta da assistência farmacêutica é distribuir gratuitamente medicamentos considerados essenciais para aqueles sem condições financeiras de custeá-lo, ou seja a classe baixa que, sem recursos, busca atendimento no SUS. Os programas assistenciais de distribuição de medicamentos não visam a entrega de medicamentos de alto custo, muitos deles sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA<sup>190</sup>, para as classe média e alta, nem mesmo

---

188 Um exemplo de programa de atendimento integral no Estado de Minas Gerais, é o “Hiperdia”, para tratamento de Hipertensão e Diabetes. Esse programa além da entrega do medicamento, prioriza a promoção de hábitos saudáveis e a automonitoração. (Informações disponíveis em: <[http://www.saude.mg.gov.br/politicas\\_de\\_saude/hiperdia-mineiro](http://www.saude.mg.gov.br/politicas_de_saude/hiperdia-mineiro)>. Acesso em: 08 de outubro de 2010.

189 BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 894.

190 “A Lei Federal nº 6360/76, aos dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina, em seu artigo 12, que 'nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde’”. Trecho retirado do julgado do Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada 175. Dje nº 76. Publicação em 30/04/2010, fls. 20.

medicamentos não considerados essenciais, tais como o viagra, concedidos indiscriminadamente em alguns Municípios<sup>191</sup>.

Um outro problema constantemente levantado pela jurisprudência é a limitação das listas de medicamentos.

Os entes estatais, ao elaborarem as listas de medicamentos a serem disponibilizados à população, fizeram uma avaliação das necessidades prioritárias conjugada com a eficácia dos fármacos e dos recursos disponíveis<sup>192</sup>. Dessa forma, incluíram nas listas os medicamentos de eficácia comprovada, excluindo os experimentais, e optando por genéricos, por serem de menor custo.

Com os avanços médicos e da indústria farmacêutica chegam ao mercado inúmeros medicamentos, geralmente de maior custo e sem a comprovação de maior eficácia. Assim, apesar do anseio de possibilitar a todos os tratamentos mais avançados, não é possível fornecê-los, cabendo ao Poder Executivo e Legislativo estabelecer quais serão ou não fornecidos universalmente a toda população<sup>193</sup>.

Todavia, essas escolhas não impedem a discussão e a inclusão de novos medicamentos, sendo necessária, inclusive, uma revisão periódica dos protocolos existentes, possibilitando que tratamentos comprovadamente eficazes sejam incluídos entre aqueles fornecidos pelo SUS<sup>194</sup>.

Assim, em vista dos problemas alegados, ao analisar um pedido de medicamento, o Judiciário deve ter a cautela de observar: se a prescrição é feita no nome genérico, respeitando a Lei nº 9787/99<sup>195</sup>; se o medicamento tem registro na ANVISA; se está inserido em algum

---

191 Caso relatado no Jornal O Globo, em 19.11.2006, destacando o programa “Pinto Alegre”, do município de Novo Santo Antônio, em Mato Grosso, que prevê a entrega de viagra. In: TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 256.

192 BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 899.

193 ZANDONÁ, Fernando. Política nacional ou judicial de medicamentos? **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 23, abr./2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando\\_Zandona.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando_Zandona.htm)>. Acesso em: 16 de agosto de 2010.

194 Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada 175. Dje nº 76. Publicação em 30/04/2010.

195 O art. 3º da Lei 9787/99 prevê que: “As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI)”.

programa de atendimento integral; ou mesmo se pode ser substituído por outro medicamento distribuído pelo SUS. Além disso, cabe salientar que o magistrado deve verificar as peculiaridades do tratamento, evitando, assim, a concessão de tratamentos inócuos e prescrições negligentes.

## 7 – CONCLUSÃO

O direito à saúde é reconhecido como bem jurídico, consagrado como direito social e fundamental pela Constituição Federal, já estando superada a sua concepção como norma programática. Essa previsão estabelece um direito do cidadão e um dever do Estado quanto a sua prestação.

Contudo, não há na Constituição Federal um rol do que deve ou não ser prestado ao cidadão, cabendo à legislação infraconstitucional e aos regulamentos estabelecer a competência dos entes estatais. A Constituição traça apenas critérios norteadores como a integralidade, a universalidade e a igualdade das prestações da saúde.

Outros critérios são levantados pela doutrina e pela jurisprudência, como a capacidade financeira e a escolha das políticas públicas pelo ente estatal. Sabe-se que os recursos públicos não são ilimitados e diante dessa limitação cabe ao ente público escolher, dentre as diversas prestações, quais melhor atenderão as necessidades essenciais de um maior número de pessoas.

Essa política de escolhas, recai também sobre a assistência farmacêutica. Os Municípios e os Estados, ao elaborarem as listas de quais medicamentos essenciais serão disponibilizados, devem analisar as necessidades da população e o custo do medicamentos, optando por fármacos genéricos e com efetividade comprovada.

Apesar das garantias constitucionais de direito à saúde, a realidade mostra que o SUS é um sistema de baixa qualidade, com grandes filas de espera e déficit de médicos. Diante desse quadro e da descrença dos Poderes Legislativo e Executivo, os cidadãos tem recorrido constantemente ao Judiciário com o intuito de obter tratamento médico não disponibilizado pelo SUS ou mesmo os disponibilizados, mas que por omissão do ente estatal deixou de prestá-los.

Todavia, as concessões ilimitadas do Judiciário criaram uma verdadeira “indústria da judicialização”, em que se pleiteiam tratamentos experimentais no exterior, medicamentos não autorizados pela ANVISA e determina-se a feitura de transplantes de pacientes que não estão na fila de espera.

As demandas de saúde vêm sempre dotadas de urgência e não admitem gradações, isto

é, ou o tratamento é disponibilizado e salva o paciente ou ele morre. Mesmo diante dessa difícil decisão, os magistrados devem adotar critérios razoáveis e proporcionais, evitando a concessão de prescrições inócuas e tratamentos ineficazes.

Inicialmente, deve-se verificar as leis infraconstitucionais existentes e aplicá-las. A primeira delas é a Lei Federal nº 6360/76. Essa lei prevê que nenhum produto, inclusive importado, poderá ser vendido ou entregue ao consumo sem autorização/registro na ANVISA. Uma outra a ser observada é a Lei nº 9787/99. Ela dispõe que no âmbito do SUS adotar-se-á obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI). Assim, a exigência de prescrição de medicamentos com nome genérico e a concessão apenas de medicamentos e tratamentos registrados na ANVISA são previsões legais e devem ser verificadas antes da concessão de uma prestação.

Ademais, outros cuidados deve o magistrado ter antes da concessão. Um deles é verificar se o medicamento prescrito é indicado para a doença do Paciente/Autor e se o ente estatal acionado é o competente para a sua disponibilização.

Na verdade, a busca por critérios que facilitem a solução do caso concreto é difícil, e mais ainda por se tratar do direito à saúde, vinculado ao direito à vida. Ressalta-se que esta tarefa não é fácil, mas é necessário aplicar critérios razoáveis e evitar a absolutização do direito à saúde. Esse direito não é absoluto e não pode ser. Há limites estabelecidos pela legislação infraconstitucional e pela própria limitação orçamentária do Estado. Deve-se garantir dentro da essencialidade das prestações de saúde o máximo, concretizando, assim, a garantia constitucional do direito à saúde.

## 8 – Referências Bibliográficas

1º Encontro entre Ministério Público, Defensoria Pública e Gestores Integrantes da Macrorregião de Saúde Sudeste – Minas Gerais, realizado em 11 de junho de 2010, na cidade de Juiz de Fora-MG.

2º Seminário de Judicialização da Saúde, 2008, Belo Horizonte.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99-120.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David Araujo; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 803-826.

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 29 de agosto de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-903.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BELLO, Enzo. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social. In:

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177-205.

BENTES, Fernando R. N. M. A; HOFFMANN, Florian F. Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 383-416.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 25-61.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Humanos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Riddel, 2010.

BRASIL. Lei 6360/76. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Riddel, 2010.

BRASIL. Lei 8080/90. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Riddel, 2010.

BRASIL. Lei 9787/99. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Riddel, 2010.

BRASIL. Resolução n. 338, de 06 de maio de 2004. Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/resol\\_cns338.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/resol_cns338.pdf)>. Acesso em: 07 de outubro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada n. 175. Dje nº 76. Publicação em 30/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 07 de outubro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 45. Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 04/05.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 07 de outubro de 2010.

CHRISTOPOULOS, Basile G. C.. Orçamento e Efetivação dos Direitos Sociais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, setembro, outubro, novembro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-BASILE-GEORGES.pdf>>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 54, p. 28-39. Jan-Mar/2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 87-136.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 859-873.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: Direitos Não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. **Academia Brasileira de Direito**, São Paulo, 1 fev. 2008. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=1451&categoria=Sanitário](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1451&categoria=Sanitário)>. Acesso em: 06 de junho de 2010.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 827-858.

JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos direitos fundamentais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelio (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 395-441.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEÃO, Lidiane Nascimento. **Direito à saúde: direito fundamental e subjetivo?** Disponível em:

<[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/lidiane\\_nascimento\\_leao.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/lidiane_nascimento_leao.pdf)>.

Acesso em: 29 de agosto de 2010.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 279-312.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/17760767/Criticas-a-Teoria-das-Geracoes-dos-Direitos-Fundamentais-2002>>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 6 ed. Madri: Tecnos, 1995.

MACHADO, Janaina Cassol. A concretização do direito à saúde sob o viés do fornecimento de medicamentos não inclusos na Relação Nacional de Medicamentos Especiais – RENAME. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 20, out. 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/janaina\\_cassol.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/janaina_cassol.html)> Acesso em: 16 de agosto de 2010.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia – Dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 10 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. A teoria dos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67-93.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Décio Monteiro. Direito à Saúde da Criança – Incumbência do Poder Público, Intervenção do Ministério Público e o Papel do Poder Judiciário. **Revista Jurídica do Ministério Público**, Belo Horizonte – MG, vol. 7, jul/dez, p. 406-411.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de; CARRUSCA, Fernando César Vieira. Critério censitário para acesso a direitos humanos – o acesso à saúde no estado democrático de direito. **Revista Jurídica do Ministério Público**, Belo Horizonte -MG, vol. 6, jan/jun, p. 349-367.

PAULSEN, Leandro. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista AJUFERGS**, n.1, 2007. Disponível em: <[http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev01/07\\_dr\\_leandro.pdf](http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev01/07_dr_leandro.pdf)>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

PESSANHA, Érica . A eficácia dos direitos sociais prestacionais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 7, n. 8, p. 297-333, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/24792>>. Acesso em: 06 de junho de 2010.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem Direitos Sociais?” de Fernando Atria. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 137-175.

RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger\\_rios.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html)> Acesso em: 16 de agosto de 2010.

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. 10, janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de junho de 2010.

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: 04 de junho de 2010.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos Jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

SILVA, José Afonso da. **Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: de 17 de julho de 2010.

SILVA, Júlio César Ballerini. **Direito à Saúde**: Aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado. Leme: Habermann Editora, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SPITZCOVSKY, Celso. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, n. 18, novembro/dezembro de 2006, p. 64-72. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Consulta/PubOficial/PubOficialAbrePdf.php?id=144781>>. Acesso em: 12 de julho de 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era do Direitos. In: \_\_\_\_\_(Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313-339.

ZANDONÁ, Fernando. Política nacional ou judicial de medicamentos? **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 23, abril de 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando\\_Zandona.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando_Zandona.htm)>. Acesso em: 16 de agosto de 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 15, p. 227 – 232, 1998. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/121/1/Direitos\\_fundamentais\\_de\\_terceira.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/121/1/Direitos_fundamentais_de_terceira.pdf)>. Acesso em: 06 de junho de 2010.