

## **Percepções Jurídicas em torno do Recurso Extraordinário RE 642536 - AP - Decisão de Relatoria do Ministro Luiz Fux**

### **Interpretazioni Giuridiche riguardanti il Ricorso Straordinario RE 642536 - AP - Decisione della Relazione del Ministro Luiz Fux**

**Aline Marques Marino**

Mestra em Direito pelo  
Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL)  
E-mail: alinemarinoadv@gmail.com

**Karla Alexandra Falcão Vieira Celestino**

Mestranda em Direito pelo  
Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL)  
E-mail: karlafalcao2013@yahoo.com.br

Grupo de Trabalho: Democracia, ética e efetivação dos direitos

**Resumo:** O artigo aborda a recente discussão que envolve a prestação de ações positivas dos direitos sociais, especificamente os de saúde, analisando a determinação pelo judiciário em obrigações de fazer que impliquem na adoção de medidas necessárias à qualidade do sistema público de saúde local. Inicia-se com um breve histórico a respeito dos direitos sociais no Brasil. Em seguida, reflete-se sobre a separação dos poderes executivo e judicial, os benefícios e riscos decorrentes de tal decisão do STF, além da análise do conceito da reserva do possível e do mínimo existencial: o que garante a extensão do debate, sobretudo por parte dos administradores que ignoram a efetivação dos direitos sociais contidos na CF e que se beneficiam pela própria torpeza. Para tanto, utiliza-se como método principal a revisão bibliográfica e documental, com a análise do art. 198 da CF, segundo a qual a saúde é direito de todos e dever do Estado. A conclusão parte da ideia de que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nos quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas em seu orçamento.

**Palavras-chaves:** Dignidade Humana. Judicialização do Direito à Saúde. Reserva do Possível. Mínimo Existencial.

**Riassunto:** L'articolo si propone di affrontare la discussione recente riguardante la prestazione di azioni positive dei diritti sociali, in particolare quelli della salute, analizzando la determinazione da parte della Magistratura dell'obbligo ad adottare delle misure necessarie per la qualità del sistema sanitario pubblico locale. Si comincia con una breve presentazione storica sui diritti sociali in Brasile. Poi si riflette sulla separazione dei poteri esecutivo e giudiziario, sui benefici e rischi di una tale decisione della Corte Suprema, oltre all'analisi del concetto della riserva del possibile e del minimo esistenziale: questo garantisce l'estensione del dibattito, soprattutto da parte degli amministratori che ignorano l'effettivazione dei diritti sociali nella Costituzione Federale e che approfittano della propria disonestità. Pertanto, è utilizzata come metodo principale la revisione bibliografica e documentale, con l'analisi dell'art. 198 della Costituzione, in base al quale la salute è un diritto di tutti e dovere dello Stato. La conclusione parte dall'idea secondo la quale, quando si tratta del diritto alla salute, l'intervento giudiziario è possibile, ad esempio quando negli atti processuali il Potere Giudiziario non innova il sistema giuridico, ma appena determina che il Potere Esecutivo eseguisca le politiche pubbliche precedentemente stabilite nel suo bilancio.

**Parole-chiave:** Dignità Hmana. Giudializzazione del Diritto alla Salute. Riserva del Possibile. Minimo Esistenziale.

## Introdução

A proteção ao direito à saúde está contida na Carta da República, em seu art. 198, como direito fundamental, sobretudo quando se analisa que o direito social à saúde é um direito fundamental. A partir da função do Estado de minimizar os problemas sociais, o presente estudo tem como escopo analisar a efetividade da administração pública na concreção de direitos sociais, em específico o da saúde, verificando o fato de que a CF de 1988 alcançou força e normatividade desde a sua promulgação. Além disso, a jurisprudência acerca do direito à saúde se torna cada vez mais emblemática face aos direitos envolvidos. Neste sentido, os direitos sociais na condição de direitos subjetivos vêm hodiernamente ganhando efetividade.

Atualmente, o tema ganha elevada importância quando se evidencia a alta judicialização que a administração nas suas três esferas vem sofrendo, sobretudo, dada a inefetividade da prestação ao direito fundamental à saúde.

Nota-se que os direitos fundamentais sociais requerem especial atenção no que tange a sua efetivação, em especial quando se observa que a atual Constituição buscou a concreção destes direitos e, tendo em vista as necessidades essenciais da sociedade e a falta de disponibilização dos recursos públicos existentes, o papel do judiciário está cada vez mais desafiador.

Necessário enfatizar ainda o alto custo das demandas: eis que as três esferas, estadual, municipal e federal, litigam para se eximir da obrigação de prestação de saúde, gerando um alto custo na manutenção da demanda, contrariando a ideia de um estado social.

Neste sentido, é absolutamente possível afirmar que os direitos às prestações de saúde referem-se a ações positivas estatais associadas à função do Estado Social. E o que está em jogo é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros, não havendo nesta realidade solução jurídica fácil nem moralmente simples para nenhuma das partes.

Tudo isso motiva o estudo da decisão do Re 642536 da Corte Maior do país, que envolve a relevância da prestação necessária ao estado social e de direito. Antes disso, porém, vai ser apresentado um breve histórico dos Direitos Sociais no Brasil, ressaltando alguns desafios para a efetividade do direito social à saúde. Logo em seguida vai ser analisada a Teoria dos Direitos Fundamentais. E, a partir disso, vai ser colocada a questão da Judicialização excessiva,

considerando o princípio da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. Por fim será examinado o Voto do Relator do STF no RE 642536.

## **1 Breve histórico dos Direitos Sociais no Brasil: alguns desafios para a efetividade do direito social à saúde**

É imprescindível, para uma análise sobre os direitos sociais, um estudo desde as suas origens até os dias atuais. Trata-se, em verdade, de um dos temas mais controvertidos em todos os campos do saber (Antropologia, História, Sociologia, Economia, Política e Direito, entre outros): eis que suscita inúmeras questões em vertentes das mais variadas.

Os direitos sociais fazem parte do humanismo constitucional e correspondem a uma resposta da sociedade à máxima da liberdade, característica dos direitos de 1ª geração. Mas eis que o Estado necessitou intervir por causa da exploração laboral decorrente da revolução industrial, na qual o proletariado reivindicava direitos trabalhistas e sociais: o que fez surgir uma segunda dimensão de direitos, caracterizada pela preocupação social, relacionada ao conjunto, e não somente delimitada aos interesses de apenas uma pessoa, já que o Estado permanecia inerte acerca da proteção dos cidadãos, deixando-os à mercê do mercado.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes, os direitos de segunda dimensão surgiram com as pressões decorrentes da industrialização, crescimento populacional, bem como das disparidades sociais existentes. O descaso com os problemas sociais gerou reivindicações, forçando o Estado a um papel mais ativo na realização de uma justiça social (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 309).

Insta mencionar que os direitos sociais estiveram presentes em todas as Constituições que vigoraram em nosso país, umas com maior intensidade do que outras. A Constituição do Império assegurava a igualdade de todos perante a lei (artigo 179, XIII). Além de estabelecer o acesso de todos os cidadãos aos cargos públicos (artigo 179, VIX), estabelecia também que o direito à saúde é de todos os cidadãos (artigo 179, XXXI), dentre outros direitos sociais.

Essa consciência pelos direitos sociais sofreu, sucessivamente, forte influência da Constituição Mexicana de 1917, da Constituição de Weimar de 1919 e da Constituição da Espanha de 1931: e inspirou a Assembléia Nacional Constituinte no sentido de instituir normas

de cunho social. Estas constam no Preâmbulo da Constituição de 1934, promulgada com o fim de “organizar um regime democrático, garantindo a justiça e o bem-estar social e econômico”.

Desde então, as demais constituições brasileiras dispuseram dos direitos sociais. E neste sentido Denise Souza Costa destaca a relevância da carta de 1934 para os direitos sociais:

A Carta Constitucional de 1934, por sua vez, influenciada pela Carta Constitucional de Weimar, inaugura, com a nova Declaração de Direitos, o Estado social brasileiro com a inserção de títulos relativos à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura, enfim, à positivação de direitos sociais. (COSTA, 2010, p. 32)

Além dos tradicionais direitos individuais, a Constituição de 1934 inovou ao introduzir no constitucionalismo brasileiro os direitos sociais, de segunda geração. Esses direitos foram tratados separadamente dos direitos individuais, constando dentro do Título que tratava “Da Ordem Econômica e Social”. A Constituição de 1934 durou cerca de três anos apenas, considerada como a menor em tempo de vigência no Brasil até a atualidade.

A Carta de 1937 instituiu um Estado autoritário, o Estado Novo, que teve como referência a Constituição polonesa de 1935: por isso a oposição ironicamente a chamava de “polaca”. Ela concedeu amplos poderes ao Presidente da República, colocando-o como suprema autoridade estatal; restringiu as prerrogativas do Congresso e a autonomia do Poder Judiciário; retirou a autonomia dos Estados-membros e dissolveu a Câmara, o Senado e as Assembléias Estaduais.

Um novo período de redemocratização nasce com a promulgação da Constituição de 1946, ou quarta republica, como era denominada, vez que vem após o regime ditatorial do Estado Novo, e é uma tentativa de implantação da justiça social e valorização do trabalho humano, passando a serem os fundamentos da ordem econômica e social. O elenco dos direitos sociais trabalhistas foi ampliado por meio das normas contidas no Art. 157, I, IV, IX, X, XI, XV, XVII e nos Arts. 158 e 159 da nova CF.

Com o golpe militar de 1964 a republica foi duramente atingida com o regime militar e considerada apenas sob o aspecto procedimental. A Constituição de 24 de janeiro de 1967 foi promulgada, haja vista ter sido submetida à aprovação do Congresso. Entretanto, na essência, foi uma Constituição outorgada, daí parte da doutrina considerá-la semi-outorgada (HERKENHOFF, 1994).

A Constituição de 1988 deu ao Brasil as vestes jurídicas de um verdadeiro Estado Democrático Social, até a localização topográfica do catálogo dos direitos fundamentais no Título II do texto constitucional, que demonstra a relevância pelo constituinte destes direitos. E ela não tratou apenas de regulamentar os direitos sociais, mas de dispor de instrumentos jurídicos de efetividade dos mesmos. De modo que, consoante ensinamento de José Afonso da Silva (2014, p. 89), a Constituição de 1988 representou um avanço para o constitucionalismo brasileiro e teve grande relevância até mesmo para o constitucionalismo mundial.

Os avanços trazidos pela Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais se deveram, em grande parte, à ampla e efetiva participação popular na sua elaboração, de modo que as emendas apresentadas pelo povo contribuíram incisivamente para a implementação de mudanças na ordem jurídica constitucional pátria, com vistas a ampliar a função distributiva do Estado, e no dizer de Bobbio (1992), a preocupação maior não é nos novos direitos a serem alcançados, mas na efetividade dos direitos fundamentais já existentes.

De acordo com Ferreira Filho (2010), de 1934 a 1988, em nosso Direito Constitucional, o reconhecimento dos direitos econômicos e sociais vinha sendo feito sob a forma de princípios, catalogados em capítulo sobre a "Ordem Econômica e Social". E com a constituição cidadã, os direitos sociais passaram a ser inseridos no Título II, referente aos Direitos Fundamentais. Essa última Constituição imprimiu aos direitos sociais básicos uma amplitude e substancialidade sem precedentes na história constitucional brasileira (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 339).

Dentre os direitos de natureza social contemplados na Carta da Maior de 1988, a garantia de proteção universal à saúde é, indubitavelmente, um dos mais festejados pela população em geral. A garantia do acesso de modo igualitário, independente de seu caráter contributivo e econômico, apresentava-se como um avanço na implementação de direitos de índole social. Destarte, como afirma José Afonso da Silva (2009), a Constituição de 1988 é a primeira da história nacional a incluir como um dos direitos sociais a garantia de acesso à saúde. Senão vejamos o autor:

(...) espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais. (SILVA, 2009, p. 311)

Insta asseverar que o direito à saúde decorreria do amplo trabalho de debate e pressão por parte da sociedade civil, com inspiração no Movimento sanitarista da época. Isso estava trazido sumariamente no relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde (BRASIL, 1986), no entanto, conforme ressalta o mesmo autor, as fontes de recurso no financiamento da saúde não foram objeto de maiores discussões. Neste sentido destacam Marques e Mendes que:

Houve um aspecto, entretanto, negligenciado: o do financiamento. Na época, a Constituição determinava que benefícios, ações e serviços de Previdência, da Assistência e da Saúde seriam financiados com as receitas oriundas da contribuição de empregados e empregadores, da contribuição sobre o faturamento e da contribuição social sobre o lucro líquido das empresas (CSLL), bem como parte da receita dos concursos e prognósticos e com recursos fiscais de cada esfera de governo. A constituição, portanto, não havia criado vinculação entre um tipo de contribuição e ações de algum ramo da Seguridade, o que reforçaria, em tese, a concepção de Seguridade Social, entendida como ações e serviços que, embora relativas à Previdência, à Assistência e à Saúde, eram integrantes indivisíveis de uma mesma proteção social. (MARQUES; MENDES, 2012, p. 349).

Destarte, percebe-se que, para a implantação do direito social à saúde, a pressão social generalizada gerou a criação e efetividade de direitos no âmbito constitucional, ainda que sem garantias de sua implementação concreta. E a ideia de que a norma constitucional é auto-aplicável provocou a judicialização das políticas públicas de saúde e de todos os seus excessos.

## **2 Teoria dos Direitos Fundamentais: Teoria Geracional e Teoria do Status**

Embora não utilizado com a mesma habitualidade da teoria geracional, a doutrina brasileira, de forma hodierna, vem se utilizando da teoria dos status formulada por Georg Jellinek para classificar os Direitos Fundamentais de acordo com sua natureza: ou seja, através desta teoria será possível compreender a posição jurídica das dimensões de direitos fundamentais, particularmente a relação do Estado para com os indivíduos. Vale assinalar o dizer de Alexy (2008, p. 254):

O paradigma de uma teoria de posições globais abstratas é a teoria do status, de Jellinek. Sua análise aqui não se justifica somente por sua importância histórica como exemplo de uma grande construção jurídica, conceitual e teórica. Ela ainda tem grande relevância como fundamento de classificações dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 254)

Neste sentido o *status* se caracteriza como "uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo", ou seja alguma relação entre o cidadão e o Estado, não se tratando de direito, mas de situação em que a pessoa se situa diante do estado.

De acordo com essa teoria, são quatro as possíveis "posições jurídicas abstratas", no dizer do autor, que possibilitam entender com mais clareza e mostrar como devem ser exigidos e efetivados os direitos fundamentais, ou seja, o *status* do indivíduo na sua relação com o Estado: o passivo (*status subjectionis*), o ativo (*Status activus civitates*), o negativo (*Status libertatis*) e o positivo (*Status civitates*).

O *status passivo* é aquele em que o indivíduo encontra-se em posição de subordinação com relação ao poder público, "sujeição ao Estado" onde este possui a competência de vincular o indivíduo por meio de mandamentos e proibições individuais.

O *status ativo*, por sua vez, representa o poder do indivíduo de interferir na formação da vontade do Estado, ou seja, concretiza-se principalmente através do voto, no qual o indivíduo possui o direito de participar das decisões políticas assentadas pelos organismos governamentais, no que define o caminho das políticas públicas implementadas.

O *status negativo* diz respeito ao espaço que o indivíduo tem para agir livre da atuação do Estado, podendo autodeterminar-se sem ingerência estatal. São os chamados direito de defesa, direitos em face do Estado, a ações negativas, onde os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação individual.

E o *status positivo* consiste na possibilidade do indivíduo exigir atuações positivas do Estado em seu favor, prestações materiais, com o propósito de alcançar postulados assegurados na Constituição Federal, ou seja, para que o indivíduo possa exercer plenamente a sua potencialidade.

No que diz respeito à teoria das gerações dos direitos fundamentais, ela decorre do desenvolvimento histórico destes direitos, sobretudo inspirada no lema revolucionário francês (liberdade, igualdade e fraternidade). Paulo Bonavides faz referência expressa ao termo *gerações* dos direitos fundamentais para explicar a inserção histórica deles nas constituições dos países, sendo este entendimento acompanhado por vários outros constitucionalistas. Ele, pois, assim se expressa: "Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo..." (BONAVIDES, 1999, p. 563).

Contudo, parte da doutrina tem-se insurgido à nomenclatura utilizada pelo autor, sob o argumento de que o termo "gerações" traça uma falsa ideia de que, conforme fosse se realizando a evolução, uma geração iria ser substituída por outra geração, o que de fato não ocorre, sendo trazido à discussão a expressão *dimensão* como melhor definição doutrinária.

### **3 Judicialização excessiva: Reserva do possível e o mínimo existencial**

No Brasil, especificamente o Direito Fundamental Social à saúde não diz respeito apenas a uma norma programática, pois esta já está regulamentada através do artigo 196 da Constituição Federal, quando afirma que o direito à saúde “é direito de todos e dever do Estado”. Nada, porém, impede que as políticas públicas sejam realizadas através da parceria com a sociedade civil, gerenciadas e acompanhadas pelo Estado.

Neste contexto, há muito se questiona a viabilidade constitucional da judicialização da saúde, a saber, a tentativa de obter por via judicial prestações não implementadas em políticas públicas pelo Poder Executivo, o qual por sua vez, tem a função primária de realizá-las.

Considera-se, pois, que, de regra, os direitos sociais devem ser efetivados pelo Executivo de qualquer dos entes federais e da forma que este julgar mais conveniente.

O Ministro Barroso (1998, p. 30), sobre isso, assim esclarece:

O judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. (BARROSO, 1998, p. 30)

Estamos em constante conflito da reserva do possível com o mínimo existencial, pois muitos dos direitos fundamentais dependem de prestações positivas, ensejando alocação de recursos financeiros por parte do Estado que, por sua vez, enfrenta a crise na escassez de recursos públicos, ou seja, há hodierno conflito entre a necessidade de intervenção do Estado à efetivação dos direitos fundamentais e a impossibilidade financeira do mesmo.

Analisando a reserva do possível, Sarlet (2001, p. 265) leciona que o Tribunal alemão entendeu que:

(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispendo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma

obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. (SARLET, 2001, p. 265)

Ou seja, mesmo dispondo o Estado de recursos necessários ao seu cumprimento, ele não está obrigado a executar determinada obrigação, caso ela fuja do razoável, de modo que não se leva em conta basicamente a existência de recursos materiais próprios para a efetivação de determinado direito social, mas sim a razoabilizada de tal pretensão.

Comumente se verifica o embate entre a efetividade dos direitos fundamentais sociais positivos, em que pese a contraposição entre os argumentos da reserva do possível e do mínimo existencial. Eis que, quanto a este último, é direito de cada indivíduo obter do Estado as condições mínimas necessárias à existência humana digna, um mínimo de condições efetivas para a concreção dos direitos fundamentais sociais. Acerca do núcleo abrangido pelo mínimo existencial Canotilho (2002, p. 511) aduz:

Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights) na ausência do qual o estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. (CANOTILHO, 2002, p. 511)

Neste sentido vê-se que, quando o Estado não cumpre o seu papel na instituição de políticas públicas eficientes que atendam as expectativas da sociedade, esta busca no Poder Judiciário a reposição de suas necessidades, e deste modo os juízes e tribunais começam a efetivar a seu talante, e mediante critérios próprios, os direitos sociais.

#### **4 Voto do Relator do STF no RE 642536**

A decisão em comento noticia que o recorrente ajuizou ação civil pública com pedido de antecipação de tutela, contra o recorrido o estado do Amapá, bem como em desfavor de um município do Estado onde se situa a Unidade Mista de Saúde, pleiteando a condenação do ente público em obrigação de fazer que implicasse na adoção de medidas efetivas de melhoria na qualidade da saúde pública local, face à situação calamitosa da referida unidade.

Consta, na petição vestibular, a assertiva de que a saúde vem padecendo de uma falência progressiva, face à falta de manutenção e renovação de equipamentos médico-hospitalares e de

suas instalações, carência de renovação do quadro de pessoal, dentre outras questões que estavam gerando o colapso nas gestões nos serviços de saúde, caracterizando, assim, violação patente do direito universal à saúde, além de manifesto descaso ao princípio da dignidade humana.

O objeto da demanda é o efetivo papel do poder judiciário e a possibilidade deste poder determinar, ou não, ao Poder Executivo a adoção imediata de providências administrativas com o escopo de assegurar as melhorias efetivas na prestação do serviço de saúde local, por meio do hospital de rede pública, sem que haja a interferência de um poder no outro, avaliando, destarte, a existência, ou não, de desarmonia entre os poderes.

A Corte usou de ponderação dos princípios do „mínimo existencial“ e da „reserva do possível“, decidindo que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, nem, outrossim, intervindo na competência do Executivo, mas apenas determinando que este mesmo poder, o Poder Executivo, cumpra políticas públicas que ele mesmo previamente estabeleceu.

O Senhor Ministro Relator Luiz Fux, aduz em seu voto que não assistem razões ao agravante e traz "*ab initio*" a informação de que a matéria em comento fora submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.analisada pelo STF, nestes termos:

EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

E continua o ministro Fux:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

(...)

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

(...)

argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (macrojustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo (BRASIL, 2011)

Insta observar que o Ministro Fux em sua decisão assenta o argumento nuclear de que não cabe ao poder judiciário instituir políticas públicas, sobretudo dada a harmonia e independência dos poderes, todavia, resta evidente que a política pública já está prevista na Lei do SUS, na CF em seu art. 196, de modo que há incontestemente direito subjetivo público a determinada política pública, e o papel do poder judiciário é tão somente o cumprimento de obrigações que lhe são constitucionalmente próprias. E assevera o relator em lume:

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

(...)

A decisão em apreço convocou os entes da federação a cumprir as obrigações que lhes são constitucionalmente determinadas, diante da constatação de deficiências concretas na prestação dos serviços por uma unidade de saúde específica, entre as quais cito: ausência de médicos de plantão na UTI; falta de medicamentos materiais e estruturas para exames básicos para realização de uma intervenção cirúrgica; deficiência no atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia; e número insuficiente de leitos.

(...)

Conforme relatado na decisão objeto da presente suspensão, a ordem liminar determina, apenas, que os réus tomem providências inseridas no âmbito das suas competências. (...)

O deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública parece ser evidente. (BRASIL, 2011).

Assevera Krell (2002, p. 93) que não é atribuição do Poder Judiciário a instituição de políticas públicas, mas tão somente a de estabelecer o cumprimento das determinações prescritas na lei, seja de cunho constitucional, seja de cunho ordinário. De modo que não se trata de inovar, nem adentrar na competência do executivo, mas de assegurar a execução do que foi estabelecido por este último poder.

Em face da decisão do relator, percebe-se que a judicialização da saúde merece atenção de todos os setores da sociedade, pois seu crescimento desenfreado, dada por vezes a incompetência do poder executivo, poderá trazer graves desequilíbrios financeiros e orçamentários ao país. Eis que saúde é um direito humano social fundamental, que se encontra erroneamente implementado, desde o seu nascedouro, pois foi discutido o direito à saúde sem que se avaliasse o seu custo. No entanto, é imprescindível a harmonia e o equilíbrio entre a concreção do direito à saúde e a observância das políticas públicas, a fim de que não seja assegurado o direito de um em detrimento ao direito social de todos.

## **Conclusão**

Diante do exposto no decorrer do presente estudo, nota-se que o Brasil é um país onde o direito fundamental à saúde está associado ao direito a uma vida com dignidade, e no dizer do Ministro Teori, “O direito à saúde não deve ser entendido como direito a estar sempre saudável, mas, sim, como o direito a um sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis” (BRASIL, 2010). E o judiciário tem o papel de garantir que o acesso à saúde e à vida de todos seja efetivado quando o executivo, apesar de estabelecer suas políticas públicas, não as cumpra.

Inobstante tratar-se de um tema bastante complexo, indubitável que entre os instrumentos hábeis para a realização de uma atuação mais ativa do judiciário, precisa definir os princípios constitucionais, em especial os princípios da proporcionalidade e da dignidade humana, avaliando o caso concreto e assegurando o direito social fundamental à prestação de saúde digna.

Ao Poder Judiciário é conferida a guarda da norma constitucional, especialmente ao direito fundamental à saúde, onde a doutrina dominante reveste-o da máxima efetividade,

assegurando o referido direito concreto pelo Estado perante a particulares, utilizando-se de toda a hermenêutica constitucional e fazendo valer a universalização da saúde.

Numa análise dos argumentos favoráveis e contrários à judicialização, observa-se que o tema sofrerá considerável construção doutrinária e jurisprudencial. Eis que se avalia a realidade das políticas públicas pelo executivo, as quais deverão ser bem planejadas e devidamente orçadas, sem lhes afastar a efetividade, seja pelo próprio poder, seja pelo Poder Judiciário, vez que, observado a harmonia e independência dos poderes e o orçamento público, numa análise da reserva do possível e do mínimo existencial, terá este último poder, papel fundamental na observância e nas diretrizes da norma constitucional.

Assim, posicionamo-nos no sentido de que a observância do mínimo existencial é fundamental para a efetivação de direitos. Em contrapartida, a chamada “reserva do possível” deve condizer com os direitos e as garantias previstos nas normas, de modo a não conter previsões superiores ao orçamento. Do contrário, ter-se-á o desrespeito aos direitos fundamentais universais a todo cidadão, além da ausência de efetividade dos instrumentos processuais que se traduzem na aplicação concreta de direitos, extraindo a devida importância do sistema normativo.

## **Referências**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Unijus**, Uberaba, v.1, n. 1, 1998. Disponível em: <[http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus\\_15.pdf](http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Estado**, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde, Brasília, 17 a 21 de março de 1986. Disponível em: <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_8.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Judicialização da saúde coloca ao STJ o desafio de ponderar demandas individuais e coletivas. Superior Tribunal de Justiça, **Sala de Notícias**, Especial, 04 abr. 2010. Disponível em: <[www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562)>. Acesso em 15 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. STF. Recurso Extraordinário: RE 642536 AP. 13 set. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22882847/recurso-extraordinario-re-642536-ap-stf>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COSTA, Denise Souza. **O Direito Fundamental à Educação no Estado Constitucional Contemporâneo e o Desafio da Universalização da Educação Básica**. 2010. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito). PUC/RS, Porto Alegre, 2010. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp142859>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (Des)Caminhos de um direito constitucional “Comparado” Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquilas. A problemática do financiamento da saúde pública brasileira: de 1985 a 2008. **Economia e sociedade**. v. 21, n.2, p. 345-362, 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-06182012000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182012000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 16 jul. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, Ramos, André; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Estado Constitucional e Organização do Poder.** São Paulo: Saraiva, 2010.