

# Direito fundamental à saúde e ativismo judicial: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

*Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães Ferreira\**

*Ana Bárbara Barbuda Ferreira Motta\*\**

**Resumo:** Os direitos fundamentais são aqueles direitos essenciais a todo e qualquer indivíduo, decorrentes da dignidade da pessoa humana e protegidos constitucionalmente. A doutrina classifica tais direitos em dimensões e ainda em *status* de direitos fundamentais. No neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais ocupam posição de grande relevância, irradiando a sua força para todo o ordenamento jurídico. O direito à saúde é considerado um direito fundamental de segunda dimensão, devendo, portanto, ser garantido através de uma postura ativa do Estado, com prestações positivas. Neste ponto reside o debate acerca do papel do Judiciário na efetivação desse direito, com enfoque para a análise acerca do ativismo judicial e da autocontenção. Para tanto, busca-se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os contornos de suas decisões envolvendo o direito fundamental à saúde.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, neoconstitucionalismo, direito à saúde, ativismo judicial, jurisprudência do STF.

---

\*. Pós-Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduada em Civil e Processo Civil da Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduada em Relações Familiares e Contextos Sociais pela UCSAL. Pós-graduada em Direito Canônico pela UCSal. Pós-graduada em Atividade Judicante pela EMAB/UFBA. Juíza Formadora, Tutora e Conteudista na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Tutora e Conteudista da Escola Nacional de Magistrados (ENM). Formadora na Unicorp. Tutora do Centro de Apoio à Magistratura Brasileira COVID 19 da ENFAM, na temática Litigiosidade recorrente e sistema multiportas. Atualmente, exerce função judicante na 6a. Turma Recursal da Fazenda Pública em Salvador.

\*\* . Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduanda em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde, sob a perspectiva da teoria geral dos direitos fundamentais, é considerado direito de segunda dimensão, de modo que se exige do Estado, para sua concretização, não apenas um comportamento de abstenção e respeito, mas sobretudo, uma postura ativa e diligente que possa proporcionar a sua efetivação para todos indivíduos. Nesse sentido, ganha destaque a atuação do Judiciário na efetivação desse direito, visto que de um lado, integra o chamado “mínimo existencial” e, de outro lado, a teoria da “reserva do possível” passa a ser sustentada por atores estatais.

Todo esse debate, relaciona-se com o papel do Judiciário na consolidação de direitos fundamentais, aflorando a discussão acerca do ativismo judicial. A jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que em muito orienta a atuação dos magistrados, tem estabelecido alguns parâmetros acerca de casos relacionados ao direito à saúde. Nesse sentido, nos Juizados de Fazenda Pública, casos relacionados a este direito fundamental passam a ocupar lugar de destaque, havendo um acréscimo expressivo nos últimos tempos, notadamente com a pandemia instalada no nosso país desde março de 2020.

Para a compreensão do tema, é basilar compreender qual a posição desse direito no nosso ordenamento jurídico, como direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, bem como perceber quais os debates que cercam a atuação do Poder Judiciário na concretização desses direitos à todas as pessoas.

## 2. NOÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, considerando a natureza jurídica do direito à saúde como um direito fundamental, é preciso compreender o que são tais direitos, sua posição central dentro do atual modelo de constitucionalismo vivido, bem como suas principais características.

### 2.1. ANÁLISE DA ORIGEM E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A fim de compreender o significado do referido termo “direitos fundamentais”, é de grande relevância notar a origem da nomenclatura. O primeiro uso da expressão “direitos fundamentais” surgiu na França, durante o movimento político e cultural que culminou na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (NOVELINO, 2017).

Sob o ponto de vista material, os termos “direitos humanos” e de “direitos fundamentais” possuem equivalente conteúdo, pois se referem a um conjunto de normas que objetivam proteger os bens jurídicos mais sensíveis no plano da proteção da dignidade humana. Contudo, é preciso esclarecer que inexistente um entendimento uniforme acerca da diferença dos termos, conforme entende Marcelo Novelino (2017, p. 277):

Apesar da inexistência de um consenso a distinção mais usual da doutrina brasileira é no sentido de que ambos, com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, abrangem direitos relacionados a liberdade e a igualdade, mas positivados em planos distintos. Enquanto os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com cada país.

Norberto Bobbio (2004) sobre o tema diz que é necessário reconhecer que os Direitos do Homem estão na base das Constituições Democráticas modernas, sendo a paz um pressuposto necessário para a efetiva proteção dos direitos dos homens em cada Estado e no sistema internacional. Considerando que os direitos fundamentais são os direitos atinentes a todas os homens, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana, percebe-se que a referida classe de direitos tem características em comum. Neste sentido, todas as características a seguir apresentadas qualificam todos os direitos fundamentais, inclusive o direito à saúde. Inicialmente, tais direitos são universais, conforme explica Marcelo Novelino (2017, p. 281):

A existência de um núcleo mínimo de proteção a dignidade deve estar presente em qualquer sociedade, ainda que os aspectos culturais devam ser respeitados. Por isso, a validade universal não significa uniformidade. Conforme observa Konrad Hesse (2001), o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente de idiosincrasia, da cultura e da história dos povos.

Ainda, como característica de tais direitos, tem-se a historicidade, ou seja, esses direitos surgem e se desenvolvem ao longo da história, havendo, portanto, a possibilidade de alteração do seu sentido e conteúdo. Esta característica afasta a fundamentação jusnaturalista a tais direitos (NOVELINO, 2017, p. 281). Também, são inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Deste modo, o não exercício não significa a renúncia. Percebe-se que os direitos fundamentais possuem peculiaridades que os

tornam essenciais em nosso ordenamento jurídico, estando relacionados aos valores atinentes a preservação da dignidade da pessoa humana em todos os seus âmbitos.

## 2.2. DIMENSÕES E STATUS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se voltar ao passado, vê-se que os direitos fundamentais são conquistados, cada qual ao seu tempo, por motivos variados pois estes revelam a vida em sociedade. Assim “os direitos não nascem todos de uma vez”, [...] nascem quando devem ou podem nascer” (BOBBIO, 2004, p. 6). Para Bobbio, os direitos são frutos da história que caminha e por isto podem, estes direitos, ser identificados a partir da geração em que foram reconhecidos. Assim também, discorre Dirley da Cunha Junior ao argumentar que estas gerações dos direitos “revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais” (CUNHA JR, 2012, p. 596).

Afirma Bobbio (2004, p. 7), que “num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade”. Estes são os direitos de primeira geração, que nascem com o século XVII. Nesta dimensão se identificam os direitos de natureza civis e políticos, tendo sido o opostos contra o Estado e trazem a defesas das Liberdades. Fatos históricos estão referendados na Constituição Americana e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Os direitos sociais, culturais, previdenciários, econômicos, coletivos vão se constituir na segunda geração dos direitos. Clamam por uma igualdade coletiva que instaure o Estado do Bem-Estar social, do Século XX. Eles são consequência da derrocada do Estado Liberal e verificam que o Estado tem de oportunizar “direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia” (BOBBIO, 2004, p. 32). O cunho ideológico nasceu com a Constituição Mexicana de 1917 e a Lei Fundamental de Weimar em 191., na Alemanha. Como se vê, assume um novo papel o Estado, a quem caberá também assegurar a igualdade entre as pessoas no gozo dos direitos, competindo-lhes especialmente a redução das “desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana” (CUNHA JR., 2012, p. 623).

Correspondem aos direitos fundamentais da terceira geração os direitos da solidariedade. Tem sua origem na Revolução Francesa, e com o símbolo da fraternidade vieram para proteger os direitos decorrentes de uma

sociedade organizada, que se encontra envolvida em relações de diversas naturezas, fruto do processo de industrialização e urbanização projetando para as titularidades difusa e coletiva. São de terceira geração de direitos fundamentais o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao desenvolvimento, a comunicação, os direitos dos consumidores e vários outros direitos especialmente aqueles relacionados a grupos de pessoas mais vulneráveis (a criança, o idoso, a pessoa com deficiência, etc). A partir da quarta geração, não há um consenso doutrinário acerca dos referidos direitos. A quarta geração de direitos fundamentais, para alguns, é caracterizada pela pesquisa biológica e científica, pela defesa do patrimônio genético, pelo avanço tecnológico, pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo (CUNHA JR, 2012). Evocam também as questões sobre a ética e da moralidade. E, os direitos de quinta geração são como o direito a paz. Bonavides, afirma que está em um “patamar superior” haja vista que “a dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos” (BONAVIDES, 2017).

Percebe-se, portanto, que os direitos fundamentais e são um “feixe de posições jurídicas, abrangendo estruturas e conteúdos diferentes”, conforme estabelece Robert Alexy (2011, p. 255). Neste sentido, é relevante destacar a teoria dos status de Jellinek, de grande importância no estudo dos Direitos Fundamentais. Segundo a teoria, existem quatro status de direitos fundamentais, quais sejam, o status positivo, negativo, ativo e passivo. Sobre a referida teoria, Marcelo Novelino (2017, p. 278) esclarece:

Um status não se confunde com um direito. Dentre as diversas formas de descrever o que é um status, tem importância central sua caracterização como uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo. Segundo a concepção de Jellinek, o direito tem como conteúdo o “ter”, ao passo que o status tem como conteúdo o “ser”.

Sendo assim, o status passivo relaciona-se com a esfera das obrigações individuais, impondo, por parte do Estado, um dever ou uma proibição ao indivíduo. Já o status ativo, refere-se a capacidade que extrapolam a liberdade natural, ou seja, trata-se do direito de participação do indivíduo nas atividades políticas. O status negativo, por sua vez, refere-se as liberdades, ou seja, o direito as ações negativas do estado. Por fim, o status positivo, é aquele que diz respeito a capacidade de recorrer ao aparato estatal (NOVELINO, 2017, p. 278-279).

## 2.3. A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO NEO-CONSTITUCIONALISMO

A fim de compreender a importância valorativa dos direitos fundamentais, é indispensável perceber o momento constitucional vivido nos dias hodiernos. Isso porque apenas desse modo é possível entender o papel e força da Constituição como centro de um ordenamento e, portanto, justificador e limitador das demais normas que compõem dado sistema normativo.

A partir do século XXI, a doutrina passa a observar uma nova perspectiva constitucional, denominada neoconstitucionalismo ou, ainda, constitucionalismo pós-moderno (TAVARES, 2016). O momento histórico vigente não comportava mais o positivismo jurídico, passando a repudiar os métodos mecânicos da subsunção e “uma nova visão interpretativa e das tarefas da Ciência e Teoria do Direito, cuja preocupação reside no desenvolvimento de um trabalho crítico e não apenas descritivo” desabrochou, dando ensejo a uma nova fase, o pós-positivismo, conforme explica Novelino (2017).

Sendo assim, a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo fizeram com que uma nova corrente ganhasse destaque, com evidente abandono a tradicional compreensão na qual a constituição era vista “como um documento essencialmente político” (NOVELINO, 2017, p. 59). Nesse sentido, fazia-se necessário um conjunto amplo de reflexões sobre o Direito, considerando sua função social e interpretação.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação (BARROSO, 2020, p. 246).

O pós-positivismo coloca-se como uma corrente intermediária que busca exaltar a força normativa dos princípios, o caráter central da argumentação jurídica e a aproximação entre a moral e o direito. Ainda, pode-se empregar o termo em análise em três acepções, quais sejam: como um método para o estudo do direito, como ideologia e como teoria jurídica (NOVELINO, 2017, p. 63). Ideologicamente, o pós-positivismo busca, de um lado, a manutenção da segurança jurídica e, de outro, valoriza a justiça material, afastando-se da visão cética existente no positivismo puro. A Constituição passa a assumir uma forte carga valorativa, assegurando di-

reitos fundamentais relacionados à pessoa humana, pelo que o intérprete, ao aplicar as normas do ordenamento, deve buscar a concretização destes valores constitucionalizados (NOVELINO, 2017).

Barroso (2020, p. 250), nesse sentido, afirma que a doutrina do pós-positivismo tem sua inspiração na “revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática”. Para o constitucionalista, é a “designação provisória e genérica de um ideário difuso”, que incorpora ideias de justiça, igualdade material mínima, direitos fundamentais e da nova hermenêutica com “a redefinição das relações entre valores, princípios e regras” (BARROSO, 2020, p. 250).

A respeito do tema, de forma clara, Dirley Cunha aduz: “o neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo”, que propõe uma mudança paradigmática em razão da força normativa da Constituição, constituída “de normas de eficácia vinculante e obrigatória” e, portanto, “dotada de supremacia material e intensa carga valorativa”, gestora do Estado Constitucional de Direito (CUNHA JR, 2012, p. 20).

Sendo assim, o pós-positivismo sustenta essa nova etapa constitucional a qual se passou a chamar de neoconstitucionalismo. Dentre as diversas características existentes nesse novo modelo constitucional, destaca-se, sem dúvidas, a hierarquia formal e axiológica da Constituição que passa a ser como o coração, eixo central do sistema e, também, do ponto substancial para a sobrevivência e a manutenção do Estado de Direito.

Ainda, conforme a alta carga valorativa que passa a integrar os textos constitucionais, incorporando valores e opções políticas relacionadas à dignidade humana e aos direitos fundamentais, devendo ser aplicadas de logo em todos os poderes e até mesmo aos particulares, dada a sua eficácia irradiante, vertical e horizontal.

Desse modo, percebe-se que com o neoconstitucionalismo a Constituição ganha nova face, sendo o centro axiológico do ordenamento jurídico, irradiando valores para todos os demais diplomas normativos e para a realidade social. Nesse sentido, os direitos fundamentais passam a ter uma eficácia horizontal, aplicando-se a todas as relações jurídicas, inclusive entre particulares. Percebe-se, portanto, que com o atual momento de constitucionalismo vivido, os direitos fundamentais devem ser implementados da forma mais ampla, abrangente e eficaz possível.

### 3. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ATIVISMO JUDICIAL

O art. 6º, caput, da Constituição Federal contém expressamente o direito à saúde como um direito social e, portanto, um direito fundamental. Ademais, a Constituição em seu art. 23, que trata acerca das competências comuns de todos os entes federados, estabelece que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal devem cuidar do direito à saúde. Logo após, o art. 24, da CF, enquadra o direito à saúde dentre as competências legislativas concorrentes, da União e Estados, e no art. 30, dentre as competências municipais está a de prestar serviços de atendimento à saúde da população. Evidente, portanto, que o constituinte considerando a relevância do direito à saúde buscou garantir a maior amplitude possível, estabelecendo que todos os entes são responsáveis pela sua concretização.

Ainda analisando o texto constitucional, o direito à saúde é novamente mencionado como um princípio sensível (arts. 34 e 35 da CF), ou seja, caso um ente não aplique o mínimo exigido da receita resultante de impostos nas ações e serviços públicos de saúde, esta omissão poderá ensejar uma intervenção federal ou estadual. Ao longo do atual texto constitucional, a saúde é mencionada em sessenta e sete dispositivos, demonstrando, assim, a importância do referido direito em nosso ordenamento.

A partir do art. 196, CF inicia-se uma seção unicamente dedicada ao referido direito, com a previsão acerca da sua amplitude, bem como do sistema único de saúde, responsável por, de forma integral e universal, garantir a saúde a todos os indivíduos do nosso país.

Sobre o referido direito Bernardo Gonçalves (2020, p. 919) faz a seguinte consideração:

É indiscutível que o direito à saúde se relaciona de forma direta com o direito à vida. Todavia, não é nada fácil, nem simples, desenvolver um conceito jurídico do que seja saúde. (...) A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), por outro lado, apresenta uma leitura que engloba ainda no conceito de saúde um conjunto de ações públicas que assegurem uma vida digna e a autonomia dos sujeitos beneficiários. Por isso mesmo, fala-se em medidas de saúde preventiva e medidas de saúde curativa: o primeiro conceito se revelaria como um *status positivus Libertatis* – na leitura de Jellinek, conectado à noção de mínimo existencial –, enquanto o segundo, um *status positivus socialis* (isto é, um direito social, propriamente dito).

Percebe-se, portanto, que a amplitude do direito à saúde conduz a uma dificuldade de conceituação estanque do referido direito. O direito à

saúde engloba assim um feixe de outros direitos, como o direito à prevenção, ao tratamento adequado, ao recebimento de medicamentos, dentre outros. E ainda está intrinsecamente relacionado á outros direitos fundamentais, como o direito á vida e á liberdade.

A Constituição cria o Sistema Único de Saúde (SUS) a fim de concretizar este direito através de uma rede regionalizada e hierarquizada, marcada pela descentralização, mas com direção única em cada esfera de governo, com atendimento integral, com a fixação de prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo de serviços assistenciais e de participação da comunidade, conforme art. 198 da Constituição Federal. Também, percebe-se que a assistência à saúde também é permitida à iniciativa privada, de forma complementar, segundo contratos ou convênios, com preferência à entidades filantrópicas, sem fins lucrativos (art. 199, CF).

Pela leitura da Constituição, percebe-se que duas características acerca desse direito são ressaltadas: a universalidade e a integralidade. De um lado, a universalidade garante que todo e qualquer indivíduo tenha acesso ao sistema único de saúde, independente de raça, condição social, econômica, ou qualquer outra característica. Isso prestigia outro princípio constitucional, o da igualdade, previsto no art. 5º da CF. Essa universalidade não impede, contudo, a previsão do art. 32 da Lei nº 9.656/98, que cria o denominado “ressarcimento ao SUS”, julgado constitucional pela Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, vejamos:

É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4.6.1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos. O art. 32 da Lei nº 9.656/98 prevê que, se um cliente do plano de saúde utilizar-se dos serviços do SUS, o Poder Público poderá cobrar do referido plano o ressarcimento que ele teve com essas despesas. Assim, o chamado “ressarcimento ao SUS”, criado pelo art. 32, é uma obrigação legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde de restituir as despesas que o SUS teve ao atender uma pessoa que seja cliente e que esteja coberta por esses planos. STF. Plenário. RE 597064/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 7/2/2018 (repercussão geral) (Info 890).

Por outro lado, a integralidade do Sistema Único de Saúde prevê que não há a priori um limite estabelecido a quais serviços serão fornecidos aos indivíduos para a efetivação do direito à saúde. Ao contrário, o serviço de saúde deve ser o mais amplo, completo possível. Neste ponto, cumpre destacar alguns dispositivos da Lei nº 8.080/96 sobre o tema, vejamos:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:

I – produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos;

II – protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.

Evidente, portanto, que a Lei do SUS, atendendo ao comando constitucional também estabeleceu, dentre as diretrizes de atuação, a integralidade. Neste ponto residem, contudo, os maiores debates jurisprudenciais, uma vez que o Estado muitas vezes se recusa a fornecer determinados tratamentos, o que acaba colidindo com a integralidade, gerando lides que são levadas ao crivo do Judiciário.

Sobre o tema, cresce o debate acerca da postura do magistrado diante de tais conflitos, em especial com as correntes que defendem o ativis-

mo judicial e, de outro, a autocontenção. Para Luís Roberto Barroso (2020), ativismo judicial corresponde ao alargamento do escopo jurisdicional para causas relacionadas a políticas públicas, sobretudo em discussões envolvendo o alcance e as restrições aos direitos sociais. Nesses casos, quando o Judiciário toma uma postura ativa, determinando medidas concretas aos agentes públicos, a fim de concretizar direitos fundamentais, fala-se numa atuação de ativismo judicial. Trata-se de um juízo substancialmente político, mas juridicamente fundamentado.

Por outro lado, a corrente que defende a autocontenção do Judiciário tem por objetivo combater os efeitos nocivos de um ativismo exercido de forma excessiva, uma vez o Judiciário, por ausência de técnica e também de legitimidade (uma vez que não foi eleito pelo povo), não deveria adentrar em certos méritos, enaltecendo outras vias políticas de debate e deliberação. Esta corrente em muito se relaciona com o minimalismo de Susnstein (LIMA, 2013).

Por fim, o presente debate envolve, em muito, a teoria da reserva do possível que, em síntese, entende que existe uma infinidade de direitos, mas uma finitude de recursos, o que ocasionaria a possibilidade de o gestor público fazer escolhas trágicas, desatendendo determinadas prestações sociais, antes a sua impossibilidade, vejamos:

Embora operante no universo dos direitos sociais, em geral, como no âmbito da previdência social, em particular, o princípio da reserva do financeiramente possível tem especial incidência no terreno da saúde e da educação, cujas normas constitucionais – nisso particularmente influenciadas pelas ideias de constituição dirigente e de Estado provedor –, atribuíam sobretudo ao Poder Público o encargo de custear a satisfação dessas necessidades, consideradas inerentes a uma vida digna. Daí a similitude dos arts. 196 e 205 da nossa Constituição, a proclamarem que tanto a saúde quanto a educação são direitos de todos e deveres do Estado, normas-tarefas ou meramente programáticas cuja concretização fica a depender das forças do Erário, como diziam os clássicos das finanças públicas. De mais a mais, e nisso reside um aspecto crucial do problema, a alocação de recursos públicos para a implementação desses direitos pressupõe – além de uma economia forte –, a difícil decisão política de ratear os poucos recursos disponíveis de modo a poder dispensar um mínimo de atendimento aos mais necessitados, situação crítica que nos países periféricos configura o que muitos denominam círculo vicioso da miséria, pois é precisamente aí, onde faltam recursos para atendê-las, que se mostram mais dramáticas as carências sociais (MENDES, 2009, p. 1420).

Por outro lado, quando os direitos que estão sendo alvo de discussão fazem parte do chamado “mínimo existencial” é certo que não deve subsistir a tese da reserva do possível. O chamado “mínimo existencial” vem, portanto, limitar a utilização da referida tese de forma desmedida. Sendo assim, defensores de uma postura mais ativa do Poder Judiciário, argumentam que há direitos indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana e estes devem ser garantidos em todas as circunstâncias (MENDES, 2009).

O direito à saúde compõe, portanto, esse mínimo existencial, e justamente por isso, considerando seu alto custo de implementação acaba por gerar tantas controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias.

#### **4. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE**

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal lida diariamente com questões envolvendo o direito fundamental à saúde, em sede de recursos repetitivos, com repercussão geral ou em controle de constitucionalidade. Tais decisões repercutem na forma com que os demais Tribunais interpretarão as normas e decidirão os casos concretos que lhe são apresentados.

Com relação ao direito à saúde, em 2014, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de o Poder Judiciário determinar que a Administração Pública mantenha estoque mínimo de medicamento a fim de evitar interrupções no tratamento, sem que isso configure violação à separação de poderes, justamente considerando que o direito à saúde compõe o mínimo existencial, vejamos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE. DOENÇA DE GAUCHER. QUESTÃO DIVERSA DE TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. SOBRES-TAMENTO. RECONSIDERAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER. PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A questão discutida no presente feito é diversa daquela que será apreciada no caso submetido à sistemática da repercussão geral no RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio. II – No presente caso, o Estado do Rio de Janeiro, recorrente, não se opõe a fornecer o medicamento de alto custo a portadores da doença de Gaucher, buscando apenas eximir-se da obrigação, imposta por força de decisão judicial, de manter o remédio em estoque pelo prazo de dois meses. III – A jurisprudência e a doutrina são pacíficas em afirmar que não é necessário, para o prequestionamento, que o acórdão recorrido mencione expressa-

mente a norma violada. Basta, para tanto, que o tema constitucional tenha sido objeto de debate na decisão recorrida. IV – O exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. V – O Poder Público não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Precedentes. VI – Recurso extraordinário a que se nega provimento. STF. 1ª Turma. RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014 (Info 752).

No caso, entendeu-se que o Judiciário não afrontaria a separação de poderes, uma vez que não estaria interferindo em metas e prioridades, nem em verbas públicas, mas apenas controlando atos abusivos e ilegais da Administração Pública.

Outro caso envolvendo medicamentos, recentemente pacificado, em 2019, é com relação aqueles medicamentos ainda não incorporados na lista do SUS. Para tanto, o STF entendeu que, haverá o dever de fornecer o medicamento se preenchidos os seguintes critérios:

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018 (recurso repetitivo) (Info 633).

Por outro lado, caso o medicamento ainda não esteja registrado na ANVISA, em regra, não haverá a obrigação do Estado em fornecê-los. A concessão ocorrerá excepcionalmente, desde que novos critérios sejam observados, vejamos:

A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

- a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
- b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e

c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral) (Info 941).

Ademais, algumas ações de controle de constitucionalidade, envolvendo o direito à saúde já foram objeto de análise pelo STF. Atento a necessidade de concretização da universalidade do direito à saúde, de modo que o SUS consiga alcançar todas as localidades do país, o STF julgou constitucional o “Programa Mais Médicos”, conforme ADI 5035/DF e ADI 5037/DF.

Por outro lado, considerando a igualdade que deve pautar os serviços de saúde, em controle de constitucionalidade, julgou inconstitucional a diferenças de classes no âmbito do SUS, conforme observa-se a seguir:

O programa “Mais Médicos”, instituído pela MP 691/2013, posteriormente convertida na Lei nº 12.871/2013, é constitucional. STF. Plenário. ADI 5035/DF e ADI 5037/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 30/11/2017 (Info 886).

É inconstitucional a possibilidade de um paciente do Sistema Único de Saúde (SUS) pagar para ter acomodações superiores ou ser atendido por médico de sua preferência, a chamada “diferença de classes”. STF. Plenário. RE 581488/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/12/2015 (repercussão geral) (Info 810).

Por fim, decisão recente no contexto de pandemia, foi o conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a fim de promover a instituição do auxílio emergencial. Ou seja, o STF entendeu que, em tese, a ADO poderia discutir sobre o referido tema. Neste caso, porém, a ação teve seu julgamento impedido, por perda de objeto, já que foi publicada a Lei nº 13.982/2020, que instituiu o referido auxílio (STF. Plenário. ADO 56/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 30/4/2020).

## 5. CONCLUSÃO

Percebe-se que o direito fundamental à saúde ocupa papel de destaque em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, a Constituição Federal deixa claro o papel central desse direito para a concretização da dignidade da pessoa humana. A teoria geral dos direitos fundamentais, através dos

estudos de sua origem, características e contornos, fornece o substrato importante para a compreensão do alcance do direito à saúde e, sobretudo, qual o papel dos agentes públicos na busca por sua efetivação.

Neste ponto, inclusive, reside o grande debate sobre o tema: qual o papel do Poder Judiciário na concretização do referido direito, que, conforme restou demonstrado através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem prevalecido uma atuação de maior ativismo, considerando que o referido direito integra o chamado “mínimo existencial”.

Os debates, contudo, não são estanques de modo que é necessário cada vez mais se aprofundar e investigar o caso concreto a fim de compatibilizar a atuação dos três poderes, de modo a proporcionar a maior eficácia social para a norma constitucional.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vida Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- AVENA, Norberto. **Processo penal: esquematizado**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Ediuoro, 1997.
- \_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020.

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 12ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- LIMA, Flávia Daniele Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. 2013. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. Recife-PE, 2013.
- REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e os conflitos de ideologia**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.