

**DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À  
SAÚDE, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO  
EXISTENCIAL: CONSIDERAÇÕES À LUZ DE UM  
CASO CONCRETO APRECIADO PELO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO**

**SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH,  
RESERVE OF THE POSSIBLE AND EXISTENTIAL  
MINIMUM: CONSIDERATIONS IN THE LIGHT  
OF A CONCRETE CASE ASSESSED BY BRAZILIAN  
FEDERAL SUPREME COURT**

**Ana Paula de Oliveira Gomes**

Professora Esp. do Centro de Ciências da Gestão da Universidade de Fortaleza (Unifor), mestranda em Direito Constitucional pela mesma instituição de ensino superior, advogada, servidora pública cearense concursada, Bela. em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará (UFC), *cum laude*  
E-mail: anapaulace@uol.com.br

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Os direitos fundamentais sociais; 3 Mínimo existencial e reserva do possível; 4 A decisão do STF à luz da doutrina de Sarlet aplicada à teorização sobre direitos fundamentais; 5 Considerações finais; Referências.

**Contents:** 1 Introduction; 2 Social fundamental rights; 3 Existential minimum and reserve of the possible; 4 The decision of STF in the light of the doctrine of Sarlet applied to theorizing about fundamental rights; 5 Final considerations; References.

**Resumo:** O presente artigo objetiva analisar uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do direito fundamental social à saúde. O “ponto de partida” para a investigação científica do tema será o “confronto” entre reserva do possível e mínimo existencial no tocante à efetivação dos direitos fundamentais. Justifica-se a pesquisa pela atualidade, transdisciplinaridade do assunto e pelo fato

de consistir em questão inacabada, o que desafia o debate acadêmico. A metodologia utilizada será do tipo bibliográfico-relacional. Após o desenvolvimento de todo o processo metodológico que orientou o corrente trabalho, concluiu-se pela adequação do *decisum* à luz da doutrina de Sarlet a propósito da teorização sobre direitos fundamentais no Brasil.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Mínimo existencial. Reserva do possível.

**Abstract:** This article seeks to analyze a decision of the Brazilian Federal Supreme Court on the fundamental social right to health. There will be a confrontation between reserve of the possible and minimum existential regarding the respect of fundamental rights. The research is justified by the transdisciplinary nature of the object and the current theoretical content, allowing the academic debate. The study is highly bibliographic (it wants to build relationships). After the development of the methodological process that guided this research, it was concluded by the adequacy of the decision to the analysis of Sarlet on the theory of fundamental rights in Brazil.

**Key words:** Right to health. Minimum existential. Reserve of the possible.

## 1 Introdução

O presente artigo objetiva analisar decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (STA 278-6-AL, Relatoria a cargo do Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 22/10/2008, DJUE n. 204, div. 28/10/2008, publ. 29/10/2008) que versou a respeito do pedido de suspensão da antecipação de tutela recursal ajuizado pelo estado de Alagoas contra decisão do juízo da 17<sup>a</sup> Vara Cível da comarca de Maceió – mantida pelo Tribunal de Justiça estadual – que determinou ao mencionado ente federativo o fornecimento de medicamento em favor de M.L.S., por ser a paciente portadora de leucemia linfótica crônica e não dispor de condições financeiras para arcar com os custos do tratamento orçado em R\$ 162.707,16. O pleito de M.L.S. guardou suporte na aplicação imediata do direito fundamental social à saúde, na legislação do Sistema Único de Saúde (SUS) e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O pedido de suspensão formulado ao STF pelo estado de Alagoas possuiu supedâneo na suposta existência de lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, por acarretar despesas excessivas, o que comprometeria a qualidade dos serviços de saúde pública prestados pelo estado. Argumentou também o ente federativo que o fornecimento da medicação caberia ao município de Maceió, por não constar da previsão inserta na Portaria nº 2.577 do Ministério da Saúde, além do que o fornecimento de medicamentos não estaria estabelecido no âmbito de sua atribuição à luz da Lei nº 8.080/1990.

O *decisum* do STF considerou os seguintes aspectos: a existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e de uma política de dispensação de medicamentos excepcionais, bem como da política nacional de atenção oncológica; a urgência do tratamento pleiteado por M.L.S.; e a questão da hipossuficiência econômica. O custo da concessão, *per si*, consubstanciaria motivo suficiente para o seu não fornecimento?

Em que pese o estado de Alagoas haver alegado grave lesão à economia estadual, não a comprovou nos autos, limitando-se a sustentar que caberia ao município de Maceió ser responsabilizado pelo fornecimento. Assim sendo, o STF não vislumbrou violação ao princípio da separação das funções estatais e, quão menos, grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas que ensejasse a adoção da medida de suspensão da tutela antecipada, não admitindo inércia do estado alagoano em cumprir o dever constitucional de garantia do direito à saúde legalmente estabelecido pelas normas regentes do SUS.

O “ponto de partida” para a investigação científica do tema consiste em “confrontar” o mínimo existencial e a reserva do possível (*vorbehalt des möglichen*) no tocante à efetivação do direito fundamental social à saúde. O trabalho será dividido em três partes (objetivos específicos): a primeira visa delimitar a compreensão dos direitos fundamentais sociais. O segundo item intenciona discorrer sobre mínimo existencial e reserva do possível. O terceiro e último ponto se propõe a fechar o conteúdo, analisando a adequação do *decisum* à luz da doutrina de Sarlet, mediante a realização de aproximações entre reserva do possível, mínimo existencial e direito fundamental social à saúde.

Justifica-se a pesquisa pela atualidade e transdisciplinaridade do assunto, e pelo fato de consistir em questão inacabada, o que desafia o debate acadêmico na busca por critérios mais seguros para construção de uma decisão judicial, levando-se em pauta a temática da escassez dos fluxos orçamentários. Desenvolve-se estudo constitucional, legal, jurisprudencial, enfim, eminentemente bibliográfico-relacional.

## **2 Os direitos fundamentais sociais**

Inicialmente, para os fins de delimitação conceitual necessária à inteligência do assunto, os direitos fundamentais são compreendidos como normas constitucionais de natureza principiológica que visam proteger a dignidade humana, legitimando a atuação do Estado e de particulares. De acordo com Lopes:

Os direitos fundamentais, como normas principiológicas legitimadoras do Estado – que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade –, devem refletir o sistema de valores ou necessidades humanas que o homem precisa satisfazer para ter uma vida condizente com o que ele é. Com efeito, os direitos fundamentais devem exaurir a idéia de dignidade humana, porém não mais uma idéia de dignidade associada a uma natureza ou essência humana entendida como um conceito unitário e abstrato, mas como o conjunto de valores ou necessidades decorrentes da experiência histórica concreta da vida prática e real [...]. Desse modo, os direitos fundamentais tornam-se os mais adequados instrumentos legitimadores do Estado [...]. Falar de direitos fundamentais, então, não significa apenas fazer menção ao catálogo de direitos constitucionalizados, relativos à dignidade humana, mas significa verificar a idoneidade do estado para satisfazer as necessidades de todos os membros que o compõem. (LOPES, 2001).

Acresça-se que a mencionada pesquisadora deixa claro em seus estudos que não é qualquer tipo de necessidade que deve ser satisfeita pelo Estado, mas só as generalizáveis por meio

do consenso decorrente do discurso racional. Seu pensamento guarda suporte na teoria de Habermas (1997). Registrem-se, por oportuno, excertos do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dada a correlação com o tema:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...] Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, [...]

Os direitos sociais relacionam-se imediatamente ao direito à igualdade em sentido material (direitos de segunda dimensão) por viabilizarem melhores condições de vida aos hipossuficientes economicamente. Sua lógica de concretização se distingue do processo de implementação dos direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos). Surgiram para equacionar situações de desequilíbrio, envolvendo sujeitos que se encontram em relação de desvantagem econômica. Para Duarte:

A distância entre o texto constitucional e a realidade social – filas em hospitais, atendimentos precários, falta de remédios – parece indicar a necessidade de aprofundar a reflexão a respeito das características dos direitos sociais e das consequências de seu reconhecimento expresso em nosso ordenamento jurídico. (DUARTE, 2012).

Cada ser humano possui o direito a um tratamento médico condigno independentemente de sua condição econômico-financeira. A Constituição de 1988 declarou ser a saúde direito de todos e dever do Estado, o que é (ou deveria ser) garantido por meio de políticas econômico-sociais destinadas à redução do risco de doenças, além de pelo acesso universal e igualitário às

ações para sua promoção, proteção e recuperação, o que comporta duas vertentes:

a) negativa - consiste no direito de exigir, do Estado (e de terceiros), abstenção da prática de qualquer conduta que a prejudique. Aplica-se o princípio da vedação ao retrocesso social. A título de exemplificação: seria inconstitucional edição de norma jurídica excludente do acesso de determinados sujeitos ao serviço público de saúde;

b) positiva - direito a prestações estatais objetivando tanto a prevenção como o tratamento de doenças, levando-se em consideração fatores determinantes e condicionantes mediante a realização de outros direitos sociais, como os à educação, à moradia, à alimentação. Há que se ter essa sensibilidade quando da formulação, implementação e articulação de políticas setoriais.

Consistirá em direito público subjetivo se estiver assegurado (regulado) mediante políticas públicas. Em tal hipótese, existirá uma prerrogativa do indivíduo em face do Estado, ou seja, haverá uma pretensão juridicamente protegida. De acordo com Mendes, Coelho e Branco:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do art. 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 [...]. Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

Em outras palavras: tratando-se de direito fundamental social devidamente regulado por políticas públicas, constitui papel do Poder Público garanti-lo, posto que, em tal hipótese, consistirá

em direito público subjetivo. Por outro lado, em sentido teórico aparentemente mais restrito, Torres (2008) defende que a ideia de mínimo existencial se relaciona imediatamente aos direitos fundamentais sociais. Não exatamente a direitos sociais em sentido amplo - estes dependem da implementação sob a reserva do financeira e orçamentariamente possível (enquanto aqueles, não):

Sucedo que, a partir do Governo de Fernando Henrique, algumas emendas constitucionais criaram vinculações das receitas da União, Estados e Municípios às despesas com a educação, a saúde e a pobreza e estabeleceram discriminações de despesa entre os três níveis de governo, sem, todavia, distinguirem entre direitos fundamentais e sociais [...], portanto, aumentou a confusão entre mínimo existencial e direitos sociais, o que levou diretamente à judicialização da política orçamentária, especialmente pelas instâncias inferiores do Judiciário, que passaram a sacar da literalidade do texto constitucional a fonte de legitimação para a outorga individual das prestações estatais [...]. A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais. Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos [...] (TORRES, 2008, grifos do autor).

Mesmo se admitindo a distinção entre direito social e direito fundamental social, não parece coerente a invocação, pelo Estado, do princípio da reserva do possível com o simples propósito de exonerar-se dos deveres constitucionais e legais. Com fulcro na teoria elementar da hermenêutica aplicada a direitos fundamentais (as técnicas interpretativas devem garanti-los, e não diminuí-los) infere-se a impossibilidade de uma tutela insuficiente sobre o tema. Conforme Amaral e Melo:

A nova hermenêutica, também entendida como a teoria material da Constituição, surge a partir da consideração dos valores e princípios antes ignorados e faz com que o pólo de tensão do direito constitucional passe dos conflitos advindos das relações entre os poderes para a esfera dos direitos fundamentais. (AMARAL; MELO, 2010).

Esclareça-se que a presente pesquisa se filia à corrente doutrinária que compreende os direitos sociais como fundamentais, por sua positivação decorrer do Título II da Lei Maior vigente. Em se tratando de direito fundamental social regulado mediante política pública específica, consistirá em direito público subjetivo, pelo que se erige a seguinte problemática: as dimensões dos direitos fundamentais possuem custos, ou seja, há limites fáticos atinentes a sua dimensão econômica, o que demanda disponibilidade orçamentária e financeira para os fins de operacionalização, tudo num cenário de recursos escassos. Para Barcellos:

[...] as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais. Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos. [...] Talvez esse seja também o momento de repensar a teoria jurídica que prevalece até hoje no Brasil acerca do orçamento, sobretudo de seu papel na definição das políticas públicas e seus efeitos (BARCELLOS, 2006, grifo do autor).

As alocações orçamentárias são instrumentais à operacionalização e à legitimação dos fluxos fiscais e contraprestacionais,



focalizando-se o atendimento do interesse público primário. Explicando melhor: por força de comandos constitucionais diretos (artigos 165 e 166), as decisões políticas afetas a prioridades orçamentárias são reservadas a atores democraticamente eleitos, tanto em termos de iniciativa como de deliberação. O tópico seguinte se propõe a tecer relações entre mínimo existencial e reserva do possível.

### 3 Mínimo existencial e reserva do possível

A dignidade humana consubstancia um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III da Constituição vigente). Trata-se de conceito vago, impreciso, cuja relevância teórica começa a ser valorizada após o advento da Segunda Guerra Mundial. A discussão acerca da dignidade humana, no direito constitucional, apresenta uma “dupla face”: negativa, norteia os direitos de defesa; positiva, aproxima a ideia de mínimo existencial, isto é, do mínimo para o ser humano viver condignamente, no sentido de usufruir uma vida saudável. Com fulcro em Amaral e Melo:

[...] há fortes razões, na jurisprudência do STF e do STJ, para se dizer que existe algo que pode ser chamado de "direito à vida", direito este que legitima o cidadão a requerer e obter do Poder Público a terapia necessária para que sua vida seja mantida em condições ao menos mínimas de dignidade (AMARAL; MELO, 2010).

Os direitos fundamentais sociais conquistam papel de destaque no ordenamento pátrio em razão da relevância dos bens jurídicos tutelados: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Depreende-se sua imediata relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que potencializa sua eficácia tanto nas relações sujeito-Estado quanto nas interações entre particulares.

A teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais limita a atuação do Poder Público em face dos governados: há liberdades individuais que devem ser observadas pelo Estado

(direitos de defesa). Por outro lado, a complexidade das relações sociais requestou o surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (Alemanha – Caso Lüth – pós-Segunda Guerra Mundial), cujos destinatários são as pessoas físicas ou jurídicas em suas relações privadas.

Nesse diapasão, no sistema constitucional vigente no Brasil verifica-se haver sido deferido um tratamento diferenciado aos direitos fundamentais: aplicabilidade imediata (artigo 5º, § 1º) e adoção da sistemática de cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, IV). Em assim sendo, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais só existem quando normas jurídicas e políticas públicas os garantem? Admitir positivamente tal hipótese significaria aderir à ideia de um “grau zero de garantia”. Defende Canotilho:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da **reserva do possível** (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do *mínimo social* resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais (CANOTILHO, 2003, grifos do autor).

A leitura que se faz, tomando-se por parâmetro as lições de Canotilho (que muito influencia o ordenamento brasileiro por meio da inserção acadêmica da doutrina alemã), é que compre-

ender a concretude do direito à saúde tão somente a partir da existência e operatividade de políticas públicas significa refutar a teoria elementar da hermenêutica aplicada a direitos fundamentais. Sua efetividade constitui “ponto de referência sistêmico” para a compreensão dos distintos institutos jurídicos da pós-modernidade. A dimensão prestacional positiva dos direitos fundamentais sociais insere, inexoravelmente, o debate sobre sua judicialização.

Para os defensores da tese de que tais direitos consistem em normas eminentemente programáticas, sempre dependentes de políticas públicas garantidoras de sua exigibilidade, não parece razoável a intervenção judiciária em situações de omissões do Poder Público, sob pena de afronta imediata ao princípio da separação das funções estatais e à reserva do possível. Releve-se o seguinte complicador evidenciado por Mendes, Coelho e Branco:

[...] argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), 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. Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010).

Casos concretos requestam soluções céleres sem que se descuide do exame das diversas perspectivas subjacentes ao assunto. Registre-se Alexy (2008), cuja grande contribuição para o meio jurídico foi defender a tese de que todas as normas, quer se refiram a regras ou a princípios, possuem efetividade, o que se mostra imprescindível à efetivação dos direitos sociais:

[...] a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos (ALEXY, 2008, p. 512).

No caso da complexa realidade brasileira, parece razoável utilizar a doutrina de Alexy na hipótese de colisão de princípios, levando-se em consideração a garantia do mínimo existencial no tocante à efetivação dos direitos fundamentais, o que, na maioria das vezes, constitui difícil tarefa haja vista a escassez dos fluxos orçamentários. Cabe à função judiciária, se provocada, zelar pela concreção dos direitos fundamentais, tanto ao deferir determinada prestação como ao negá-la.

#### **4 A decisão do STF à luz da doutrina de Sarlet aplicada à teorização sobre direitos fundamentais**

Nos itens antecedentes, evidenciou-se que a limitação de recursos públicos há que ser levada em consideração quando das escolhas alocativas governamentais. O presente tópico objetiva fechar o estudo da relação mínimo existencial *versus* reserva do possível *versus* direitos fundamentais sociais à luz do julgado do STF descrito na parte introdutória (STA 278-6-AL). Sarlet e Figueiredo constatarem que o mínimo existencial:

[...] não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o

suficiente. Tal interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem prevalecido [...]. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010).

Os direitos fundamentais estão a serviço do princípio da dignidade da pessoa humana em seus mais variados aspectos: individual, coletivo e difuso. No tocante ao direito à saúde, defende Sarlet (2007) que se trata de cláusula pétrea, inclusive:

Ainda que não se queira admitir que a saúde seja também (para efeito do disposto no art. 60, § 4º, IV, da nossa Constituição) direito individual fundamental [...] de cada uma e de todas as pessoas, sempre haverá como sustentar que, em virtude da inequívoca relevância do bem jurídico tutelado (em suma, a vida, a dignidade e a integridade física e psíquica do ser humano), as normas jusfundamentais sobre a saúde enquadram-se nos chamados limites materiais implícitos à reforma constitucional [...]. (SARLET, 2007).

Em que pese a polêmica doutrinária existente sobre se o dispositivo constitucional referido se estende aos direitos fundamentais em sua integralidade (ou apenas, literalmente, aos individuais), a estruturação do serviço público de saúde, por determinação constitucional, demanda uma articulação sistêmica, pelo que não parece crível inferir que a verificação da (in)satisfação plena das necessidades coletivas se dê a partir do simples somatório do atendimento (ou não) das demandas individuais.

Por outro lado, os direitos (prestacionais) possuem custos, possibilidades reais e uma dimensão coletiva (além, é claro, de uma dimensão também individual quanto à forma de reivindicação), o que deve ser levado em consideração pela função judiciária quando do deferimento (ou não) de prestações específicas. Não se pode olvidar que existem vínculos entre direitos fundamentais e o orçamento público, o que resta evidente na teorização de Sarlet.

A diretriz a ser seguida pertine à compatibilização da proteção do interesse social quando das tutelas individuais, notadamente por ocasião do fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Instado a decidir sobre esse tipo de pleito, o magistra-

do há que levar em consideração a problemática da escassez de recursos econômicos em face das pretensões em pauta, além, é claro, do dilema relativo à universalização do serviço público de saúde e padrões qualitativos mínimos desejáveis socialmente. Voltando à questão do fornecimento de medicamentos pelo Poder Público, defendem Sarlet e Figueiredo que:

A mera apresentação de uma requisição médica atestando determinada doença e indicando determinado tratamento não se encontra, por certo, imune à contestação, seja para o efeito de demonstrar a desnecessidade daquele tratamento ou mesmo a existência de alternativa, seja, de opção que, embora igualmente eficiente, seja mais econômica, viabilizando o atendimento para outras pessoas com o mesmo comprometimento orçamentário. Da mesma forma, é possível que o próprio tratamento recomendado não seja nem mesmo o melhor disponível ou o que de fato seja o menos invasivo para a própria pessoa que se pretende tutelar [...]. Num sentido ainda mais amplo, igualmente não se configura razoável a condenação do Estado em obrigação genérica, ou seja, ao fornecimento ou custeio de todo medicamento ou tratamento que vier a ser criado ou descoberto, conforme a evolução científica, ainda que oportunamente aprovado pelo órgão sanitário técnico competente. Lembre-se que nem sempre o “novo” é sinônimo de melhor (mais eficiente e seguro para o próprio titular do direito à saúde e, por vezes, para a própria comunidade em que se insere) [...]. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010).

No *decisum* proferido pelo STF, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, relator do feito, consignou que o problema da eficácia social do direito fundamental à saúde, no Brasil, relaciona-se mais à implementação/manutenção das políticas públicas setoriais que propriamente à falta de legislação específica. A questão se mostra preponderantemente administrativa, ou seja, de execução das políticas públicas pelos entes federados. A intervenção judicial, no caso narrado, não se deu no sentido de criar uma política pública, mas para determinar o cumprimento de algo já previamente definido.

Ademais, ao determinar o fornecimento do serviço de saúde, o julgador se certificou da existência da política de dispensação de medicamentos excepcionais, bem como da política nacional de atenção oncológica. Registre-se que a política nacional de medicamentos é operacionalizada pelo Poder Público federal, mediante portaria do Ministério da Saúde, abrangendo a relação nacional de medicamentos (Rename), o que subsidia toda a logística de fornecimento.

No tocante à competência comum dos entes federativos na área da saúde, o artigo 23, II da Constituição vigente traz prescrição explícita a respeito da sua responsabilidade solidária sobre o tema, pelo que constituem legitimados passivos nas demandas cujas causas de pedir sejam a negativa, pelo SUS, de prestações afins – quer pelo gestor municipal, estadual, distrital ou federal.<sup>1</sup>

Por fim, as questões da política nacional de saúde pública, assim como das alocações orçamentárias foram levadas em consideração, pelo que se depreende a racionalidade do julgado em termos de exame da real possibilidade de atendimento do pleito; da estrita observância ao ordenamento positivo; e da conformidade com a separação das funções estatais (o Judiciário tão somente determinou a concretização de políticas públicas já existentes).

## 5 Considerações finais

Por meio da utilização dos recursos da pesquisa bibliográfico-relacional o presente trabalho objetivou analisar a decisão STA 278-6-AL, proferida pelo STF a respeito do direito fundamental social à saúde. O “ponto de partida” para a investigação científica do tema consistiu no “confronto” entre reserva do possível e mínimo existencial.

Após o desenvolvimento de todo o processo metodológico que direcionou o estudo, concluiu-se que a ideia de mínimo existencial se relaciona imediatamente aos direitos fundamentais sociais. Por outro lado, a efetivação dos direitos sociais, em sentido amplo, depende da definição de políticas públicas, o que aconte-

---

<sup>1</sup> No RE 195.192-3/RS, a 2ª turma do STF também consignou a competência comum solidária dos entes federativos no que pertine às ações e serviços públicos de saúde. Em sentido idêntico, mencionem-se os seguintes precedentes: RE-AgR 255.627-1 e RE 280.642.

ce sob a reserva do financeira e orçamentariamente possível, não parecendo lógico, contudo, o Estado invocar tal cláusula com a simples finalidade de exonerar-se de seus deveres constitucionais e legais, até porque a razão primeira da existência estatal consiste na promoção do ideal do bem comum.

Consequentemente, quando o direito fundamental social à saúde encontrar-se regulado mediante políticas públicas, cabe ao Poder Público garanti-lo por implicar direito público subjetivo. Nesse cenário, quando da implementação do serviço de saúde (perspectiva governamental) o gestor não atua com absoluta discricionariedade, mas com relativa margem de administração. Seu papel consiste em implementar as diretrizes constitucionais estabelecidas, que o vinculam.

Eis a arena socioeconômico-política em que se insere a função judiciária. Se provocada, cabe-lhe controlar os atos e omissões administrativas, levando em consideração a questão orçamentária (perspectiva econômica), a função dignificante do direito fundamental à saúde (perspectiva social) e a relativa margem de discricionariedade na concretização dos ideais constitucionais (perspectiva política).

Nesse complexo contexto, examinou-se o *decisum* proferido pelo STF, que ratificou o deferimento do tratamento em favor de M.L.S., levando-se em consideração os seguintes aspectos: concedeu-se uma prestação incluída entre as políticas contempladas pelo SUS (existia, portanto, um direito subjetivo público à política previamente estabelecida); observou-se a questão da hipossuficiência econômica da parte (promoção da igualdade em sentido material); houve a preocupação em se averiguar, no caso concreto, se a concessão individual não afetaria o interesse público primário. Portanto, o julgado não refletiu um ato de vontade própria do juízo *ad quem*. Preservou-se um direito fundamental positivado na Constituição – expressamente - e assegurado por políticas públicas já estatuídas: dispensação de medicamentos excepcionais e de atenção oncológica.

O processo de construção da decisão examinada utilizou a garantia constitucional implícita da proporcionalidade (estudo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) por versar sobre a temática da eficácia vertical de direitos fundamentais, o que se relaciona imediatamente à força norma-



tiva da Constituição. No que pertine à expansão da eficácia dos direitos fundamentais, verificou-se uma tendência maximalista na construção jurisprudencial contemporânea em nível de STF. Metodologicamente, infere-se a adequação do julgado à luz do referencial teórico que fundamentou a presente investigação. A função judiciária, no caso concreto, tutelou a fundamentalidade do direito à saúde.

Finalmente, espera-se que o assunto estimule novas pesquisas numa perspectiva transdisciplinar. A título de sugestão, recomenda-se que um próximo estudo realize levantamentos quantitativos a respeito da abertura de créditos adicionais para os fins de cumprimento das decisões judiciais concessivas de medicamentos, bem como examine a problemática da transferência/transposição de verbas nesse sentido.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 87-109.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: GALDINO, Flavio; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006. p. 31-60.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portarias. **Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006**. Aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional. 2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2577.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras

providências. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Portal do cidadão. Legislação Internacional. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 5 mar. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DUARTE, Clarice Seixas. O duplo regime jurídico do direito à saúde na CF/88: direito fundamental de caráter social e direito público subjetivo. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 420-451, jul./dez. 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 34, p. 168-183, jan./mar. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, p. 1-17, set./nov. 2007. Disponível em: <[egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf](http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM,

Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.