

# ALGUMAS PONDERAÇÕES ACERCA DA EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO À SAÚDE

## *SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE JURIDICAL EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTIONAL NORMS OF RIGHT TO HEALTH*

**Fábio Calheiros do Nascimento**<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**RESUMO:** O propósito deste artigo é analisar o direito à saúde pública na esfera constitucional, sobretudo como são interpretadas as normas que regem esse tema pela jurisprudência, com o escopo de demonstrar que, atualmente, certas interpretações são norteadas por um viés excessivamente subjetivista. Para cumprir esse propósito, iniciamos o artigo tratando da eficácia das normas constitucionais, a fim de que não reste dúvida acerca do conceito que será utilizado. A seguir, de acordo com essa premissa, passaremos pela eficácia das normas constitucionais que regulam os direitos fundamentais e os critérios utilizados para a sua interpretação. Em seguida, verificaremos efetivamente as normas que disciplinam o direito à

saúde pública na Constituição Federal de 1988 e como são interpretadas pela jurisprudência. Nesse ponto, que é o cerne do trabalho, exporemos alguns julgados, que servirão como amostra da divergência interpretativa, a nosso ver, injustificada e demasiadamente subjetiva. Por fim, exporemos a nossa sucinta conclusão, de molde a ficar clara a existência de ativismo judicial no tocante ao direito à saúde pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Normas constitucionais; eficácia jurídica; direito subjetivo; saúde pública; ativismo judicial.

**ABSTRACT:** *The purpose of this article is analyse the right to public health in the constitutional sphere, especially as*

---

<sup>1</sup> Professor universitário - Faculdade de São Roque - Núcleo Docente Estruturante - São Roque/SP/Brasil, Mestre em Direito Político e Econômico - Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo/SP/Brasil.

*interpreted in the rules governing this subject by law, with the aim of demonstrating that certain currently interpretations are guided by an overly subjectivism bias. To fulfill this purpose we stated the article dealing with the efficacy of constitutional norms, so that no doubt remains about the concept that will be used. Then, according to this premise, we pass by the effectiveness of the constitutional rules governing the fundamental rights and the criteria used for interpretation. In the sequence we will check effectively the rules governing the right to public health in the Federal Constitutional of 1988 and as interpreted by case law. At this point, which is the core of the work, we will expose some trial, which will serve as a sample of divergence of interpretation, in our view, unwarranted an too subjective. Lastly, we will expose our succinct conclusion, in order to stay clear of the existence of judicial activism regarding the right do public health.*

**KEYWORDS:** *Constitutional standards; effective legal; law subjective; public health; judicial activism.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Aplicabilidade das normas constitucionais de direitos fundamentais; 2 Limites à eficácia jurídica das normas constitucionais de direitos fundamentais; 3 Normas definidoras do direito à saúde pública; 4 Princípios aplicáveis à seguridade social; 5 Interpretação subjetivista das normas definidoras do direito à saúde pública; 6 A influência do princípio da dignidade da pessoa humana; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Applicability of constitutional standards of fundamental rights; 2 Limits the legal effectiveness of the constitutional standards of fundamental rights; 3 Standards defining the right to public health; 4 Principles for Social Security; 5 Subjectivist interpretation of the provisions defining the right to public health; 6 The influence of the principle of human dignity; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

Quando se trata de eficácia das normas constitucionais, não há como deixar de lembrar da tão aclamada classificação de José Afonso da Silva, que reinou durante anos, praticamente incólume, no Direito brasileiro. Segundo ele (Silva, 1982), as normas constitucionais se dividem em três quando são classificadas quanto à sua eficácia: normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral; e normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas que,

desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.

As normas de eficácia contida, por sua vez, são aquelas que “incidem imediatamente, e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”. Por derradeiro, as normas de eficácia limitada são as que “não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”.

Com relação a essa última espécie de norma constitucional, o referido autor estabelece uma subdivisão entre as declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e as de princípios programáticos, que podem ser entendidas, de forma bem resumida, da seguinte forma: embora ambas instituem princípios, e aí já fica clara uma dificuldade de compreensão dada a equivocidade do termo, as primeiras “contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades”, ao passo que as segundas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta ou imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais, administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.

Sem adentrar aos fundamentos dessas divisões e, principalmente, sem criticá-las para o que poderíamos usar conceitos expostos por outros autores que também classificaram normas constitucionais de acordo com as suas eficácias, tais como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Carlos Ayres Britto e Luis Roberto Barroso, todos lembrados por André Ramos Tavares (Tavares, 2012), nos importa, neste momento inicial, apenas usar a referida classificação para mostrar que, aparentemente, ela causava e talvez ainda cause, pela sua terminologia, a impressão de que certas normas constitucionais ficam sem eficácia até o advento de norma infraconstitucional regulamentadora.

Não é verdade. Em primeiro lugar, porque mesmo no caso das normas constitucionais de eficácia limitada José Afonso da Silva fez questão de ressaltar que elas não produziram todos os seus efeitos essenciais, do que se extrai que ao menos alguns efeitos podem ser diretamente extraídos dela. Mas que efeitos seriam esses se a norma, pela sua generalidade e abstração, não permite que dela se extraia um direito subjetivo? É o que podemos pensar, por exemplo, quando nos deparamos com o art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, que dispõe apenas que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Bem, o próprio José Afonso da Silva (Silva, 1982) já respondia a essa questão quando mencionava seis efeitos jurídicos para as normas constitucionais, quais sejam: a) estabelecer dever para o legislador; b) condicionar a legislação futura; c) informar a concepção do Estado e da sociedade e inspirar sua ordenação jurídica mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituir sentido teleológico de interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionar a atividade discricionária dos Poderes Executivo e Judiciário; e f) criar situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem.

Como se pode ver desse rol, são inúmeros os efeitos que têm uma norma jurídica constitucional, não se podendo, de forma alguma, vincular a existência de eficácia jurídica à criação de direitos subjetivos. Em outras palavras, não é porque uma norma, no caso, uma norma constitucional não regula desde a sua edição as condutas das pessoas em sociedade que, por si só, ela não tem eficácia jurídica.

Eficácia jurídica, para os fins do presente artigo, portanto, será tomada como a geração de efeitos para o mundo jurídico, quer para regular diretamente as relações sociais, estabelecendo direitos e deveres, muitas vezes denominada efetividade ou eficácia social, quer para simplesmente acarretar um dos seis efeitos elencados por José Afonso da Silva.

## **1 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Em razão da insinceridade normativa que vigorava até as vésperas da promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme lembra o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (Barroso, 2011), o constituinte resolveu inserir no § 1º do art. 5º da referida Carta a seguinte

previsão: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Não há dúvida que o objetivo do constituinte era de transformar em realidade aquilo que a Constituição estabelecia em relação aos direitos fundamentais. Ainda na linha do renomado Luís Roberto Barroso, imaginou o constituinte que, com o advento dessa norma, acabaria ou, no mínimo, diminuiria a distância entre o ser o dever ser. Como lembra Ingo Wolfgang Sarlet,

até mesmo os defensores mais ardorosos de uma interpretação restritiva da norma reconhecem que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os ‘permaneçam letra morta no texto da Constituição. (Sarlet, 2010)

Mas o que significa aplicação? De acordo com Virgílio Afonso da Silva (Silva, 2011), aplicação ou aplicabilidade “envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia”, ou seja, “é uma questão relativa à conexão entre a norma jurídica, de um lado, e fatos, atos e posições jurídicas, de outro”. Para esclarecer essa diferença, ele dá o seguinte exemplo:

[...] os dispositivos dos arts. 1.238 e seguintes do Código Civil, que disciplinam a usucapião, contêm normas jurídicas dotadas de plena eficácia. Se alguém, contudo, possui como seu, sem interrupção nem oposição, um imóvel público por mais de 15 anos, não lhe adquire a propriedade. Não se diz, contudo, que a norma contida no art. 1.238 do Código Civil não tem eficácia para essa relação jurídica. O que ocorre, na verdade, é a não-aplicabilidade da norma em vista do disposto no art. 102 do mesmo Código e no art. 183, § 3º, da Constituição.

Bem, seguindo esse ponto de vista de Virgílio Afonso da Silva, salvo melhor juízo, poderíamos dizer que a intenção do legislador ao inserir o § 1º no art. 5º da Constituição Federal foi explicitar que as normas que regulam os direitos fundamentais devem ser efetivamente aplicadas àqueles fatos, atos ou posições jurídicos que ela desejava regular. Considerando que a aplicação deriva necessariamente da eficácia jurídica, no entanto, não entendemos haver problema em dizer que a intenção do constituinte foi de atribuir eficácia jurídica imediata às referidas normas, independentemente de regulação posterior, justamente com o fito de prover-lhes de aplicabilidade. Seguimos, nesta quadra, a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, que prefere adotar a ideia de eficácia jurídica e não

de aplicabilidade quando lida com o supracitado art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, e o faz nos seguintes termos: “[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos [...]”.

## **2 LIMITES À EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Malgrado seja inegável que a intenção do constituinte de 1988 tenha sido de evitar que as normas criadoras de direitos fundamentais permanecessem como letra morta, como alertamos *supra*, nos parece inescapável a conclusão de que, em certos casos, nem todos os efeitos esperados podem ser obtidos de imediato. Em outros termos, embora o constituinte quisesse que as normas em tela gerassem efeitos jurídicos imediatos, inclusive, se fosse essa a sua intenção, regulando as relações sociais, certas normas, pela abstração de seu conteúdo e de seu alcance, impedem que isso ocorra.

A técnica de positivação adotada pelo constituinte é um fator limitador para a geração de efeitos jurídicos das normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais. O art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, por exemplo, estabelece que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Ora, tendo o constituinte expressamente remetido à lei, ou seja, a uma regulamentação futura, a forma como se daria essa proteção do consumidor, não há como negar que essa norma não produziu todos os efeitos jurídicos que dela se poderia esperar de imediato. Veja, não é que ela não produziu imediatamente nenhum efeito, pois é evidente que, lembrando daqueles efeitos jurídicos elencados por José Afonso da Silva, ela desde logo impediu o legislador de proteger o fornecedor em detrimento do consumidor, definiu como deveriam ser interpretadas e aplicadas as normas já existentes que lidavam com o consumidor, entre outros.

Compreendemos que a eficácia jurídica imediata, embora inserta no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, estende seus efeitos para todos os artigos do Título II da referida Carta, afinal de contas, não é só o referido art. 5º que lida com direitos fundamentais. Consoante Ingo Wolfgang Sarlet (Sarlet, 2010), essa ausência de sistematização derivou, “provavelmente, de uma acomodação apressada das matérias, desacompanhada da necessária reflexão, gerada, entre outros fatores, pela pressão exercida sobre os Constituintes na época para a elaboração da nossa Lei Fundamental”.

Partindo dessa premissa, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de cunho social, tal como aquelas previstas nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal de 1988, também têm eficácia jurídica imediata. É importante registrar isso não só para se compreender o alcance do supracitado art. 5º, § 1º, mas também para permitir que se verifiquem outras limitações à eficácia jurídica dos direitos fundamentais.

No caso dos direitos sociais de cunho prestacional, por exemplo, não se pode desprezar que a disponibilidade econômico-financeira do Estado é de suma importância, mais ainda quando se ressalta a vinculação disso às políticas públicas, tão bem definidas por Maria Paula Dallari Bucci (Bucci, 2002) como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Ora, sendo as políticas públicas definidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, os quais, cientes da disponibilidade econômico-financeira do Estado, definem onde, como e quando serão gastos os recursos públicos, é certo que ao menos um dos efeitos jurídicos das normas que definem os direitos sociais de cunho prestacional deve ficar limitado, qual seja, o direito subjetivo público. Em outros termos, somente existe direito público subjetivo se, além da norma constitucional, houver lei estabelecendo que certa prestação será efetivamente fornecida pelo Estado. Do contrário, a interpretação ilimitada estaria a violar o princípio da divisão dos Poderes, encartado no art. 2º da Constituição Federal.

### 3 NORMAS DEFINIDORAS DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA

O direito à saúde é previsto pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, no seu art. 6º, *caput*, que apenas o relaciona como um dos direitos sociais, junto com a educação, a alimentação, o trabalho, etc. Por estar arrolado dentro do Título II da referida Carta, como já assinalamos *supra*, é certo que ele é um direito fundamental, e, por conseguinte, tem eficácia jurídica imediata. Sucede que, por ser um direito social e, especialmente, por ter natureza prestacional, consistente em um fazer por parte do Estado, essa eficácia jurídica encontra limitações.

Uma simples leitura ordenada dos arts. 196 a 198 da Constituição Federal de 1988 deixa isso bem claro. O art. 196 dessa Carta diz que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Não há necessidade de grande esforço interpretativo para se extrair dessa norma constitucional que, embora o direito à saúde seja universal, ele é garantido apenas e tão somente na medida estabelecida pelas políticas públicas, que o constituinte optou por chamar de políticas sociais e econômicas. Não é à toa que nos dois artigos seguintes, 197 e 198, o constituinte trata justamente da forma de atuação, respectivamente, do Legislativo e do Executivo na formulação e na aplicação dessas políticas. Diz o art. 197 que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. O art. 198, por sua vez, estabelece que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes [...]”.

O art. 196 da Constituição Federal de 1988, regulando o que havia sido simplesmente mencionado pelo art. 6º desse mesmo diploma, previu o direito à saúde e estabeleceu que ele seria garantido mediante políticas públicas. Como essas políticas são formuladas e executadas, respectivamente, pelo Legislativo e Executivo, os arts. 197 e 198 da Constituição Federal determinaram que seria criada uma lei tratando do tema, no caso, a Lei Federal nº 8.080/1990, e que a execução por parte da Administração Pública seguiria certas diretrizes. Com isso, passou a existir no nosso ordenamento jurídico o Sistema Único de Saúde (SUS).

#### **4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À SEGURIDADE SOCIAL**

Considerando que nenhuma interpretação pode se olvidar da unidade do ordenamento jurídico, postulado hermenêutico, na visão de Humberto Ávila (Ávila, 2012), que acaba por tornar obrigatória a interpretação sistemática, que, como bem lembrado por Juarez Freitas (Freitas, 2010), ou é feita ou nem pode ser considerada como interpretação, entendemos que a análise do contexto em que se encontra inserido o direito à saúde na Constituição Federal é de grandíssima importância.

Consoante se observa do art. 194 da Constituição Federal de 1988, a saúde, a previdência social e a assistência social formam a seguridade social, que “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.



De acordo com o parágrafo único desse mesmo artigo, são vários os princípios da seguridade social, dos quais se destacam a universalidade de cobertura e do atendimento (inciso I) e a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inciso III).

A universalidade da cobertura e do atendimento, nos parece, deve ser compreendida da seguinte forma: todas as pessoas residentes no Brasil podem ser alcançadas pela seguridade social (cobertura) e, por conseguinte, elas devem ter proteção contra certos riscos que as atingem (atendimento). Isso não significa, contudo, que todas as contingências sociais devam ser acobertadas pela seguridade social. Se, em princípio, a ideia de universalidade poderia sugerir isso, a conjugação desse princípio com o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços deixa evidente que nem todas as contingências sociais são abrangidas pela seguridade social.

No dizer de Sérgio Pinto Martins (Martins, 2004), “a seleção (escolha) das prestações vai ser feita de acordo com as possibilidades econômico-financeiras do sistema da seguridade social. Nem todas as pessoas terão benefícios: algumas o terão, outras não, gerando o conceito de distributividade”. A respeito do tema, o mesmo autor ainda diz que “a lei irá dispor a que pessoas os benefícios e os serviços serão estendidos. É uma escolha política”.

Essa ideia de limitação das prestações também se encontra na doutrina de Wladimir Novaes Martinez (Martinez, 2002), que, ao tratar desses princípios, ensina que “por seleção de prestações se entende a escolha de um plano básico compatível com a forma econômico-financeira do sistema e as reais necessidades dos protegidos”. Os benefícios a serem fornecidos pela previdência social, pela assistência social e pela saúde, portanto, não abrangem toda e qualquer contingência, mas somente aquelas que a lei prever, de acordo com as possibilidades econômico-financeiras da seguridade social, que é financiada por toda a sociedade, na forma citada anteriormente<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> A conjugação entre os princípios da universalização da cobertura e do atendimento com os princípios da seletividade e da distributividade forma o que a doutrina costuma denominar de progressividade, que consiste no aumento gradual de cobertura e atendimento, de acordo com as possibilidades econômico-financeiras, com vistas à efetiva universalização efetiva e integral. Quanto a essa progressividade, por sinal, importa anotar que ela foi expressamente incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro com a edição do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, que integrou ao Direito brasileiro o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. O art. 2º desse Pacto dispõe o seguinte: “Art. 2º - 1. Cada Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o,

É nesse mesmo sentido que deve ser interpretado o inciso II do art. 196 da Constituição Federal quando se estabelece o atendimento integral como um dos princípios aplicáveis ao Sistema Único de Saúde. Teoricamente, todas as pessoas devem ser cobertas pelo sistema e dele receber atendimento, mas na medida do que é possível, de acordo com a disponibilidade econômico-financeira do Estado, que é averiguada pelos Poderes Legislativo e Executivo na formulação e na aplicação das políticas de saúde pública.

Essa disponibilidade econômico-financeira no âmbito da seguridade social, aliás, não está prevista apenas implicitamente nos artigos supramencionados. O art. 195, § 5º, da Constituição Federal reza o seguinte: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

## 5 INTERPRETAÇÃO SUBJETIVISTA DAS NORMAS DEFINIDORAS DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA

Tendo sido visto que o direito à saúde pública é um direito social, que, por ter cunho eminentemente prestacional, fica sujeito aos limites da disponibilidade econômico-financeira do Estado, seria natural esperar que não houvesse divergência acerca da inexistência de eficácia jurídica geradora de direito público subjetivo fora das balizas das políticas públicas. Até porque, pela técnica de positivação adotada pelo constituinte no art. 196 da Constituição Federal, não se tem a mínima ideia do conteúdo e do alcance do direito à saúde pela simples leitura da regra constitucional. É inevitável a ida do intérprete e aplicador da referida regra à Lei Federal nº 8.080/1990. No entanto, em absoluto, não é isso que ocorre.

Embora seja óbvio que não se pode “interpretar em tiras, expondo o que lhe interessa [...] e escondendo o que não lhe é favorável”, como ressalta Lênio Luiz Streck (Streck, 2013), após fazer remissão a Rosivaldo Toscano, fica fácil perceber que, no intuito de beneficiar a todos indistintamente, a jurisprudência simplesmente destaca a segunda parte do referido art. 196 da Constituição

---

*pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto*, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativa. 2. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. 3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais” (grifo não original).

Federal para conceder à pessoa o que ela quiser, como ela quiser e quando ela quiser no tocante ao direito à saúde pública.

Por exemplo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, durante muito tempo, quando os Ministros se deparavam com casos envolvendo o direito à saúde pública, eles simplesmente faziam menção ao que já tinha sido decidido no RE 271/286 para conceder o que fosse pleiteado em termos de medicamentos<sup>3</sup>.

No Superior Tribunal de Justiça não é diferente. O acórdão paradigmático nesse Tribunal, a que faziam menção todos os Ministros quando lidavam com o direito à saúde pública, especialmente em casos destinados a averiguar se devia ou não ser fornecido certo medicamento, é o REsp 1.185.474/SC<sup>4</sup>. Nesse acórdão vale realçar a expressa rejeição da tese da reserva do possível.

<sup>3</sup> “EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO - O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àqueles portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.” (Supremo Tribunal Federal, RE. 271.286-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, J. 12.09.2000, DJ 24.11.2000)

<sup>4</sup> “[...] 1. A tese da reserva do possível assenta-se em idéia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium*

Esse conceito deriva do Direito alemão, como contraponto ao mínimo existencial, que seria o direito a recursos materiais mínimos para que as pessoas conseguissem ter condições de exercer seus direitos (Sarlet/Figueiredo, 2008). A rigor, portanto, mais do que a simples sobrevivência. Sucede que esses dois conceitos não podem ser aplicados sem maiores cautelas no Direito brasileiro, sob pena de se olvidar das circunstâncias peculiares que levaram os alemães a criarem-nos, como, por exemplo, o fato de a Constituição de 1949 não estabelecer direitos sociais, com exceção do direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade (art. 6º, § 4º).

No caso do Direito brasileiro, a rigor, nem precisariam ser aplicados esses conceitos, conforme se extrai dos arts. 194, inciso III, 195, § 5º, e 196, *caput*, da Constituição Federal de 1988<sup>5</sup>. Ocorre que justamente é no trato deles que, segundo nosso entendimento, são cometidos equívocos, o que é um grande problema,

---

*nulla obligatio est* – Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia. 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como ‘sinônimo’ de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às idéias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da “democracia” para extinguir a democracia. 5. Com isso, observa-se que a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.” (Superior Tribunal de Justiça, AgRg-REsp 1.136.549/RS, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, J. 08.06.2010, DJ 21.06.2010)

<sup>5</sup> Entendemos que apenas excepcionalmente esses conceitos poderiam ser aplicados, mas sem nunca deixar de lado esses artigos que foram citados, já que eles são as regras e o princípio que evidenciam o mínimo existencial (art. 196, *caput*) e a reserva do possível (arts. 194, inciso III, e 195, § 5º). Seria o caso, por exemplo, do Estado não implementar as políticas públicas, ou fazê-la de modo indubitavelmente insuficiente, considerado o mínimo necessário para que as pessoas tivessem condições razoáveis de

tendo em conta o caráter didático de todos os julgamentos realizados pelo Judiciário, especialmente dos Tribunais Superiores. Em ambos os julgamentos supracitados em outros vários dessas duas Cortes<sup>6</sup>, a nosso ver, são desprezadas as políticas públicas criadas e implementadas legítima e democraticamente pelo Legislativo e pelo Executivo. Os julgamentos seguem sempre o mesmo caminho. Partem da premissa de que o art. 196 da Constituição Federal estabelece que o direito à saúde é de todos e, por isso, condenam qualquer dos entes federativos que esteja no polo passivo, isolada ou cumulativamente.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça do Estado não se posicionou em favor da concessão quase que ilimitada de medicamentos e outros bens relacionados ao direito à saúde<sup>7</sup>, como, recentemente, criou súmulas para evidenciar isso, conforme segue:

*Súmula nº 65:* Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

*Súmula nº 66:* A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município.

Ao nosso entender, entretanto, a primeira súmula desrespeita frontalmente os arts. 2º, 196, 197 e 198 da Constituição Federal, pois ela despreza a ideia de que, na divisão dos poderes, cabe ao Legislativo e ao Executivo, respectivamente, a formulação e a execução das políticas públicas, que criam os direitos públicos

---

exercer outros direitos postos à disposição delas pelo ordenamento jurídico. Nesse caso, talvez, o conceito de mínimo existencial poderia ser usado como soldado de reserva.

<sup>6</sup> STF: REs 232.335 e 273.834; STJ: AgRg-REsp 1.136.549/RS e RMS 24.197/PR.

<sup>7</sup> “Mandado de segurança com pedido liminar. Medicamentos. Portador de polineuropatia diabética linfática. Solidariedade entre os entes federativos. Fornecimento de medicamentos excepcionais. Art. 196 da Constituição Federal. O direito à vida é amplo e explicitamente protegido pela Carta Magna. Sentença mantida. Reexame necessário e recurso fazendário improvidos.” (TJSP, Apelação Cível nº 0000056-48.2012.8.26.0637, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza, J. 15.10.2012)

subjetivos; dessa forma, limita os conflitos intersubjetivos a serem dirimidos pelo Judiciário. A segunda súmula, por sua vez, demonstra o desprezo à Lei Federal nº 8.080/1990, que, em seus arts. 17 e 18, definem a competência, respectivamente, dos Estados e dos Municípios. O inciso I do art. 18 diz que cabe à direção municipal do Sistema Único de Saúde gerir e executar os serviços públicos de saúde, e o inciso III do art. 17 diz que cabe à direção estadual do referido Sistema executar supletivamente ações e serviços de saúde. Sabendo-se que supletivamente não é solidariamente, fica complicado concordar com essa interpretação exposta na referida súmula.

O detalhe curioso é que, à luz da interpretação que é dada aos referidos artigos, sobretudo ao art. 196 da Constituição Federal, poderia se imaginar que, por uma questão de coerência, no âmbito da previdência e da assistência social ocorreria o mesmo problema. Em outras palavras, seriam deixadas de lado as normas constitucionais e legais em prol dos segurados e assistidos. Mas não. Embora esses três campos se complementem para formar a seguridade social, a interpretação é muito mais restritiva, a nosso ver corretamente, sobretudo no âmbito da previdência social.

É muito comum os juízes e Tribunais julgarem os casos envolvendo a concessão de benefícios previdenciários não só lembrando da regra constitucional que estabelece a necessidade de prévia fonte de custeio para a concessão de benefício, mas também verificando requisito por requisito da Lei Federal nº 8.213/1991<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> “PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - DECADÊNCIA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - NECESSIDADE DE CUSTEIO - EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS - 1. Tratando-se de pedido de renúncia de aposentadoria cumulado com a concessão de novo benefício mediante o aproveitamento do tempo de serviço e dos salários de contribuição que serviram de base para a concessão do benefício renunciado, bem como dos posteriores àquela concessão, não há que se falar em decadência do direito de revisão do ato de concessão da aposentadoria. Embora se possa afirmar que o efeito concreto buscado seja o mesmo, o fato é que não há regra legal tratando da questão. 2. A Lei de Custeio do RGPS estabelece que o aposentado que volta a exercer atividade abrangida pelo RGPS é segurado obrigatório em relação a essa atividade (art. 12, § 4º, da Lei nº 8.212/1991). 3. A Lei de Benefícios prevê que o aposentado pelo RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, somente terá direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios (este, até a sua extinção), não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991). 4. Disso decorre que não há autorização legal para a chamada ‘desaposentação’ - renúncia à aposentadoria cumulada com a concessão de novo benefício mediante aproveitamento do tempo de serviço e dos salários de contribuição que serviram de base para a concessão do benefício renunciado, bem como dos posteriores àquela concessão. 5. É inegável que a adoção da ‘desaposentação’ majora o valor do benefício, o que, à luz da Constituição, exige a necessária previsão de fonte de custeio (art. 195, § 5º - ‘Nenhum benefício ou serviço da seguridade

Ora, por que será que quando a jurisprudência se depara com o direito à saúde a interpretação preferida é sempre pela sua natureza praticamente ilimitada, sem se ater aos limites expressamente estipulados pela Constituição Federal de 1988, que remetem o intérprete e aplicador à Lei nº 8.080/1990, e o mesmo não ocorre quando se trata da previdência, cujos julgamentos são norteados sempre pela aplicação direta e imediata da Lei nº 8.213/1991?

Bem, não parece haver um fator que possa ser considerado perfeito para responder a essa pergunta. Temos a sensação de que quando os intérpretes e aplicadores da lei, no seu sentido lato, se deparam com questões envolvendo o direito à saúde, eles se sentem responsáveis pela manutenção da vida da pessoa, ou seja, eles não querem ser considerados os responsáveis pela morte de alguém. Assim, esquecem-se dos limites interpretativos para atribuir às normas constitucionais o sentido que bem entendem. Nisso se destaca, indubitavelmente, a absoluta omissão quanto à segunda parte do art. 196 da Constituição, na parte em que se faz menção às políticas públicas, e, por consequência, acaba por se desprezar tudo o que regula a Lei Federal nº 8.080/1990.

Entendemos que outro fator que deve influenciar os intérpretes e aplicadores da lei para que o direito à saúde se distancie tanto do direito à previdência social, embora ambos integrem o mesmo sistema chamado seguridade social, e, inclusive, sejam regidos por princípios comuns, é que no caso da previdência o sistema é contributivo, o que não ocorre com o direito à saúde. Em razão disso, na interpretação e na aplicação das normas reguladoras do direito à previdência social as pessoas que se dispõem a compreendê-las sente-se tolhida na concessão

---

social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. [...]” (TRF 3ª R., EI 0008383-08.2009.4.03.6183, 3ª Seção, Relª Desª Marisa Santos)

“AÇÃO RESCISÓRIA - PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO-ACIDENTE - ART. 86 DA LEI Nº 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.032/1995 - BENEFÍCIOS CONCEDIDOS SOB O MANTO DE LEGISLAÇÃO PRETÉRITA - MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL - IMPOSSIBILIDADE, CONFORME ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DO CUMPRIMENTO DE JULGADO POSTERIORMENTE RESCINDIDO - PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS - PRECEDENTES - [...]”

2. O Pretório Excelso, examinando a majoração do auxílio-acidente, concluiu, sobretudo em razão da necessidade de previsão da fonte de custeio, pela impossibilidade de aplicação da lei posterior para cálculo ou majoração dos benefícios já concedidos, salvo como expressamente previsto no novo diploma legal. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, para hipóteses tais como a presente, é necessário ater-se ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos, segundo o qual, para as importâncias relativas a benefício previdenciário recebidas por força do cumprimento de decisão judicial posteriormente rescindida, não é cabível a restituição de valores. 4. Ação rescisória julgada parcialmente procedente.” (Superior Tribunal de Justiça, AR 4794/SC, 3ª Seção, Relª Min. Laurita Vaz, J. 26.09.2012, DJe 08.10.2012)

de benefícios sem fonte de custeio. No caso do direito à saúde, no entanto, por não ser o sistema contributivo, as pessoas que interpretam as normas que o regulam esquecem-se de que fonte de custeio não significa apenas contribuição, mas também previsão legal decorrente da destinação de recursos públicos por meio do orçamento. Em razão disso, deixam de lado a Lei Federal nº 8.080/1990 e o seu decreto regulamentador para conceder ações e serviços de saúde que não estão previstos em lei, que não integram a política pública.

Como o ativismo judicial, seguindo a linha de raciocínio de Elival da Silva Ramos (Ramos, 2010), baseia-se, fundamentalmente, em um desprendimento do juiz do texto-base, que, no caso, parece que é exatamente o que ocorre com relação à aplicação das normas relativas ao direito à saúde, compreendemos que, de fato, existe ativismo judicial nessa área do Direito.

## **6 A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O constituinte definiu, no art. 1º da Constituição Federal, os fundamentos do Estado Democrático de Direito, entre os quais, no seu inciso III, indicou a dignidade da pessoa humana, que, a par da equivocidade da expressão e da intensa discussão doutrinária, pode ser simplificada, dentro do nosso propósito, como a obrigatoriedade de o Estado e de as pessoas em geral atuarem sempre de modo a valorizar o ser humano acima de qualquer outra coisa, permitindo que ele tenha autonomia e aja de acordo com isso.

De acordo com Ana Paula de Barcellos, a eficácia jurídica extraída do princípio da dignidade da pessoa humana tem três frentes. A eficácia negativa impede manifestações do Poder Público que ofendam o princípio da dignidade humana. A eficácia vedativa de retrocesso impede manifestações políticas que limitem o nível de proteção desse princípio na atualidade. A eficácia interpretativa, por fim, que é a que mais nos interessa, é aquela que nos força a interpretar as normas e os atos do Poder Público no sentido de se atribuir maior eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Pois bem, tendo sido estabelecido esse princípio na mesma Constituição Federal que, nos seus arts. 194, 195 e 196, regulou o direito à saúde como um direito de todos e dever do Estado, a ser implementado mediante políticas públicas, que devem ser seletivas e distributivas, e que não podem conceder benefícios sem a respectiva fonte de custeio prévio, é de se entender que o constituinte ponderou vários princípios para fixar essas diretrizes, inclusive o da dignidade da pessoa



humana. Não tem o menor sentido, portanto, simplesmente deixar de se aplicar uma dessas regras, mormente aquela prevista na segunda parte do art. 196 da Carta Magna, sob o pretexto de que o direito à saúde está ligado à dignidade da pessoa humana e, por isso, o que se pleiteia deve ser concedido, sem maiores considerações.

Embora o objetivo do presente artigo tenha sido analisar as normas constitucionais relativas ao direito à saúde, entendemos que é de extrema importância afirmar que uma das considerações que não poderia deixar de ser feita para a concessão ou não de um medicamento, tratamento ou utensílio a uma pessoa é o art. 19-O da Lei nº 8.080/1990, cuja redação é a seguinte:

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

Como se pode observar dessa regra, existem protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, cuja definição está no art. 19-N desse mesmo diploma legal, estabelecendo os medicamentos ou os produtos necessários para o tratamento das doenças ou dos agravos à saúde em geral. Considerando que a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, que conta com um corpo técnico denominado Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, a quem cabe analisar as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento, bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível, é certo que a interferência judiciária naqueles termos assinaladas anteriormente será quase sempre indevida, haja vista a desconsideração das evidências científicas, das avaliações econômicas comparativas e dos riscos que isso implica no sistema de saúde como um todo.

Não se pode olvidar do referido artigo, ainda, e essa é a parte mais importante dele neste contexto em que estamos, de discussão acerca da eficácia do direito à saúde e de sua fundamentalidade, que o próprio sistema aceita que, certas pessoas, não possam receber apenas o medicamento, o produto ou o tratamento de primeira escolha. Seja pela fase evolutiva em que se encontra a doença ou o agravo à saúde, seja pela perda da eficácia, seja pelo surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, algumas pessoas têm direito a outro medicamento, produto ou tratamento. Essa flexibilidade do sistema torna totalmente descabida, a nosso ver, as soluções judiciais fundadas na dignidade da pessoa humana, ou na igualdade material, pois há direito líquido e certo a uma segunda opção, mas, tratando-se de uma política pública, é evidente, ela não fica ao alvedrio do requerente. Há que existir uma boa justificativa para que se deixe de lado a regra, consistente no medicamento, produto ou tratamento comum, ou seja, há equidade no sistema, entendida esta como a “justiça do caso concreto”, como se costuma dizer.

Isso para não falar da problemática adoção de uma norma que tem natureza de princípio, e que tem um conteúdo e um alcance de limites nebulosos, acabam por abalar a própria segurança jurídica, haja vista que fica a critério de cada juiz decidir o caso como bem entende, de acordo com sua ponderação de valores, criando uma verdadeira ditadura judiciária, a qual, ainda que restrita a este contexto, nunca é desejável.

## CONCLUSÃO

Vimos, no presente artigo, que, obviamente, pela sua singeleza, não pretende nem chegar perto de esgotar a discussão acerca do tema relativo à eficácia jurídica das normas constitucionais que definem direitos fundamentais, notadamente no campo do direito à saúde, que existem inúmeros efeitos jurídicos que podem ser extraídos dessas normas, e, por isso, o fato de ela não gerar imediatamente um direito subjetivo público não significa que ela não gere efeitos.

Definido isso, observamos que existem limites ao surgimento de direitos subjetivos públicos, independentemente de lei, quer porque a própria Constituição remeteu a uma lei, quer porque somente a lei poderia definir melhor o conteúdo e o alcance da norma constitucional. No âmbito dos direitos sociais, verificamos que a necessidade de implementação de políticas públicas por meio de lei pode ser outro fator limitador ao surgimento de direitos subjetivos

públicos diretamente da Constituição, o que ocorre especialmente no tocante ao direito à saúde.

Já, no tocante ao direito à saúde, após interpretarmos os arts. 196 a 198 da Constituição Federal de 1988, verificamos que a jurisprudência despreza os limites semânticos dessas normas ao concluir, sem qualquer ressalva, e com toda a simplicidade daquele que faz caridade com o chapéu alheio, que todos têm direito a medicamentos e outros utensílios relacionados à saúde, independentemente do que dispõe a Lei Federal nº 8.080/1990 e o seu decreto regulamentador. O princípio da dignidade humana é um dos argumentos que também é usado pelos intérpretes e aplicadores das leis para, deixando de lado a ponderação anteriormente feita por quem de direito, ou seja, pelos legisladores (*lato sensu*) e pelos integrantes do Executivo, refazer a ponderação segundo seu entendimento.

Sucede que, como vimos, quer porque os princípios democrático e da segurança jurídica não admitem isso, quer porque a Lei Federal nº 8.080/1990 preenche as lacunas deixadas pela Constituição Federal de forma adequada, todos esses argumentos apresentados costumeiramente pela jurisprudência para deferir tudo quanto é pedido em juízo não podem prevalecer.

Considerando que o direito à saúde integra o sistema da seguridade social e que, por isso, forçosamente deve ter seus dispositivos normativos interpretados e aplicados de acordo com as regras e os princípios que os norteiam, observamos que a melhor interpretação dos artigos que tratam de direito à saúde passaria necessariamente pela análise das políticas públicas. No entanto, conforme observamos pelos exemplos citados, há uma discrepância interpretativa, marcada pelo excesso de subjetivismo, porquanto enquanto os dispositivos referentes ao direito à saúde na Constituição Federal são interpretados de forma sempre tendente a conceder o que é pedido em juízo, a interpretação que prevalece nos outros dois campos, da previdência e da assistência social, sobretudo no primeiro deles, é mais restritiva.

Nesses termos, em nosso sentir, existe ativismo judicial no que concerne com o direito à saúde, não por uma intenção de se fazer substituir ao legislador ou ao administrador público, mas sim por um viés interpretativo não sistemático e não hierarquizado.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARCELLOS, A.P. de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. amp., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na constituição federal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, v. 1, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *A aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: RT, 2013.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.