

Questão Discursiva 00308

O Direito à Saúde, na condição de direito (e dever) fundamental social consagrado no artigo 6º da Constituição Federal e objeto de regulamentação na ordem social (Art. 196 e ss.) tem amplamente deduzido em Juízo e patrocinado acalorado debate doutrinário, inclusive levando à realização de audiência pública pelo STF, que, especialmente no julgamento da STA 175, março de 2010, Relator Ministro Gilmar Mendes, consolidou uma série de critérios respeitantes ao tema.

Nesse contexto, responda as questões a seguir formuladas:

- 1) Tratando-se de direito fundamental, o direito à saúde aplica-se o regime jurídico pleno das normas de direitos fundamentais? Justifique .

- 2) Qual o sentido da assim chamada dupla dimensão objetiva e subjetiva do Direito (e dever) à Saúde e quais as principais consequências decorrentes de tal condição?

- 3) A titularidade do direito à saúde é individual ou transindividual (coletiva ou difusa)? Justifique com base na orientação adotada também pelo STF?

- 4) Quanto em causa a sua função positiva, ou seja, de direito subjetivo a prestações materiais do poder público, quais são as principais objeções invocadas em sentido contrário ao reconhecimento de um direito subjetivo pela via judicial e quais são principais argumentos e critérios utilizados para superar, no todo ou em parte, tais objeções?

Resposta #000513

Por: **IESUS RODRIGUES CABRAL** 10 de Fevereiro de 2016 às 13:57

1)Sim. O direito à saúde, previsto no art. 196 da CF, configura direito fundamental. Nessa condição, sob ele incide toda a aplicação do regime jurídico das normas de direitos fundamentais.

Isso porque o catálogo de direitos do Título II da Constituição Federal é aberto. Ou seja, trata-se de rol meramente exemplificativo. Ademais, o direito à saúde é previsto no artigo 6º da CF, sendo verdadeiro direito fundamental social. Portanto, embora não esteja inserido no art. 5º da CF, o direito à saúde é norma de aplicação imediata, art. 5º §1º, CF.

2)Os direitos fundamentais e consequentemente o direito à saúde possuem dupla dimensão, quais sejam, subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva consiste na faculdade de um indivíduo, diante de um caso concreto, exigir uma abstenção ou prestação por parte do Estado.

Por sua vez, a dimensão objetiva do direito à saúde, complemento da subjetiva, tem por foco a concretização destes direitos basilares, de modo a exigir do Estado uma atuação positiva. O direito fundamental à saúde é alçado a valor norteador do ordenamento jurídico.

Desta feita, o Estado deve não apenas se abster de lesar o direito à saúde de um indivíduo, como também concretizar esse direito fundamental por meio de políticas públicas (prestação positiva). O Direito à saúde passa a ser norte de interpretação do ordenamento jurídico, irradiando para todos os ramos do Direito. Passa a incidir não apenas na relação entre estado-indivíduo, mas também na relação horizontal indivíduo – indivíduo.

Outra relevante consequência da dupla dimensão do direito à saúde, é que, diante da Constituição Normativa de 1988, na qual um dos princípios fundamentais é a dignidade da pessoa humana, art. 1, III, é possível que o Poder Judiciário, visando à concretização deste direito, profira decisão adentrando no mérito administrativo. Assim, o Poder Judiciário poderia, em casos excepcionais, determinar que o Estado promova políticas públicas destinadas a garantir o direito à saúde, sem que isso configure lesão ao princípio da separação dos poderes.

3)A titularidade do direito à saúde pode ser realizada tanto de forma individual quanto de forma transindividual. Isso porque o direito à saúde, por se configurar um direito social, pode ter um destinatário determinado (tutela individual), destinatários indeterminados (tutela difusa) ou uma gama de destinatários ligados por uma situação de direito (tutela coletiva). O STF corroborou referido entendimento por meio de decisão em sede de suspensão de tutela antecipada – STA, na qual foi estabelecido o cabimento de fornecimento de medicamentos em face da Fazenda Pública por meio de liminar.

4) Para obstar o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações materiais do poder público relacionado à saúde, são apresentados os seguintes argumentos: a) O direito à saúde, por ser um direito social, não teria aplicação imediata e direta, dependendo de regulamentação pelo Legislativo ou de implantação de políticas públicas pelo Executivo; b) A determinação pelo Poder Judiciário à Administração Pública a implementar alguma ação visando à consecução do direito à saúde em prol de um indivíduo afrontaria a separação dos três poderes, porquanto o Judiciário estaria entrando no mérito administrativo; c) Diante da reserva do possível (escolha trágica na alocação de verbas públicas), não seria possível a implementação da medida favorecendo um indivíduo sem comprometer as verbas do orçamento destinadas a toda coletividade.

Para desconstituir as objeções acima apontadas, argumenta-se que mesmo os direitos sociais, por serem direitos fundamentais, possuem eficácia direta e imediata, art. 5º, §1º, CF, não podendo ficar a mercê da inércia da Administração Pública em concretizá-los. Ademais, tendo em vista o caráter normativo da Carta Magna de 88, os direitos nela reconhecidos devem ser concretizados (dupla dimensão dos direitos fundamentais). Desse modo, não haveria lesão ao princípio da separação dos poderes decisão do Judiciário que determina a Administração a implementar determinada política pública na área de saúde, haja vista que referida tutela nada mais é do que a concretização de um direito constitucionalmente previsto. Por fim, aponte-se que a reserva do possível não pode ser alegada de forma genérica, visando apenas retirar do Poder Público o dever de dar efetividade ao direito à saúde.

Correção #001101

Por: Gilberto Alves de Azerêdo Júnior 8 de Agosto de 2016 às 23:57

Resposta também muito bem fundamentada. Destaque para o belo desenvolvimento da última pergunta. Gostei da ressalva de que em casos excepcionais o Poder Judiciário adentra no mérito administrativo para garantir a concretização do direito à saúde e também a citação de decisão do STF nesse sentido. Nada a acrescentar. Parabéns!

Resposta #001556

Por: MAF 17 de Junho de 2016 às 13:32

1) Sim, por ser considerado direito fundamental, ao direito à saúde é aplicável todo o regime jurídico pleno das normas de direitos fundamentais. De fato, o catálogo do Título II da Constituição é meramente exemplificativo, conforme entendimento do STF, fato que leva a concluir que existem direitos fundamentais previstos por todo o texto constitucional.

O artigo 196 da Constituição traz, ao mesmo tempo, um direito fundamental individual (dimensão subjetiva) e coletivo (dimensão objetiva), sendo certo que a ele se aplica o disposto no artigo 5º, §1º da Constituição.

2) Os direitos fundamentais (e por consequência o direito à saúde) possuem dupla dimensão: subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva se consubstancia na faculdade de o titular de um direito (no caso específico, saúde) de exigir do Estado (ou até mesmo de um particular, lembrando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais) uma ação ou abstenção com a finalidade de preservar sua posição jurídica.

A dimensão objetiva, por sua vez, impõe a organização de uma atividade que contenha influência coletiva, funcionando como um programa que se dirige para a realização constitucional (no caso da saúde, tem-se que a saúde será garantida por meio de políticas sociais e econômicas).

Como consequência, tem-se que o Estado tem o dever obrigacional de prestar o serviço de saúde (dimensão individual – direito público subjetivo), bem como ao Estado compete garantir a concretização deste direito por meio de políticas públicas (aspecto positivo). Ainda, por ser direito fundamental, deverá ser utilizado como vetor de interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Por fim, ainda no campo das consequências, este duplo aspecto do direito à saúde (em especial o aspecto positivo) faz com que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, possa intervir na formação da política pública relacionada ao tema, sem que isso configure violação ao princípio da separação de poderes.

3) A titularidade do direito à saúde, como já abordada na presente resposta, tem um aspecto individual e transindividual. No seu aspecto de direito público subjetivo, a tutela é individual, ao passo que no aspecto positivo a tutela é difusa, uma vez que o direito à saúde se reveste de indivisibilidade e são titulares pessoas indeterminadas.

4) Os principais argumentos utilizados são: ocorrência de grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas; violação ao princípio da separação de poderes; inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, diante da ausência previsão normativa; e desalocação de valores orçamentários.

Em contraposição a tais argumentos, sabe-se que o direito à saúde é indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana, fazendo parte do chamado mínimo existencial. Assim, ao menos este mínimo existencial não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Ademais, conforme apontado na resposta, tem-se que o cidadão tem o direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde, ao passo que o Estado tem o dever de desenvolver ditas políticas, reforçando a possibilidade de judicialização em caso de desatendimento do Poder Público.

Ainda, o fato de o SUS ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos dos entes federativos apenas reforça a obrigação solidária existente entre as esferas políticas.

De mais a mais, toda e qualquer política pública deverá se dar por meio de escolhas alocativas. Diante de recursos escassos, há de se eleger critérios distributivos que, mal empregados pelo Poder Público, em situações excepcionais, poderá ferir norma constitucional, autorizando a intervenção do Poder Público.

Por fim, na maioria dos casos levados ao judiciário, não se trata de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas, mas de determinação judicial para o efetivo cumprimento daquelas já existentes.

Correção #001100

Por: Gilberto Alves de Azerêdo Júnior 8 de Agosto de 2016 às 23:52

Bela resposta. Com muito conteúdo. Sem muito a acrescentar. Só para fins de aprofundamento, faço os seguintes apontamentos:

a) quanto ao ponto 1: Conforme lições de George Marmelstein, os direitos sociais, no que toca ao âmbito jurídico positivo brasileiro, são verdadeiros direitos fundamentais, tanto em sentido formal (pois estão na Constituição e têm status de norma constitucional) quanto em sentido material (pois são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana).

b) quanto ao ponto 4: trago o seguinte resumo em tópicos:

argumentos dos demandantes:

- direito social vinculado à dignidade da pessoa humana;
- aplicabilidade imediata;
- possibilidade de implementação pelo Poder Judiciário em casos de omissões estatais;
- falta de previsão orçamentária não é argumento válido, por não prevalecer sobre o direito à saúde, ligado ao mínimo existencial;

argumentos dos Entes Federados:

- artigo 196 é uma norma programática, sem aplicabilidade imediata;
- recursos são escassos; lógica das "escolhas trágicas"; reserva do possível;
- campo de atuação do Executivo e Legislativo;
- ofensa à separação dos poderes;
- ofensa à isonomia;
- efeito multiplicador.

Resposta #001710

Por: arthur dos santos brito 29 de Junho de 2016 às 14:32

No que se refere ao item (i), é indubitável que os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como verdadeiros direitos fundamentais. **Note-se que nossa Lei Maior não fez distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos e os direitos sociais, declarando, genericamente, que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, nos moldes de seu artigo 5º, §1º.** Entretanto, é certo também que **nem todos os direitos sociais são exigíveis de plano**, haja vista o problema da **reserva do financeiramente possível** (limitações econômicas do Estado), impondo-se a ponderação frente ao binômio "razoabilidade da pretensão" e "disponibilidade financeira do Estado", tal como alertado pelo Min. Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 45.

De seu turno, quanto ao item (ii), o direito fundamental à saúde sob o prisma da dimensão subjetiva espelha a dimensão clássica dos direitos fundamentais como um direito público subjetivo de seu titular de exigir de alguém uma determinada prestação (no caso, o tratamento de saúde que lhe couber à preservação, em último grau, de sua vida). Outrossim, a dimensão objetiva circunscreve-se à ideia de que, subjacente a um direito fundamental, há um valor que se irradia sobre o ordenamento jurídico (eficácia irradiante dos direitos fundamentais), gerando deveres de proteção. Nessa prima, o Poder Público deve velar, de maneira responsável, pelo cumprimento e implementação das políticas sociais e econômicas idôneas que assegurem aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Por sua vez, em relação ao item (iii), o artigo 196 da Constituição Federal, ao expressar que a saúde é “direito de todos”, veicula direito individual e também direito coletivo “lato sensu” à saúde. A respeito, diante da omissão do Texto constitucional de 1988, a alocação de recursos à saúde deve ser atribuída aos órgãos políticos, conquanto detentores de legitimidade democrática, ou seja, amparados pela representação popular. Logo, ordinariamente, os recursos econômicos à saúde não devem ser aferidos concreta ou individualmente, sob pena de mácula ao princípio da igualdade e consequente comprometimento do Sistema único de Saúde. Isso, contudo, não inviabiliza a atuação judicial excepcional, pois, a despeito de o direito à saúde consolidar-se em norma constitucional programática, a omissão injustificada do Estado em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção da saúde atenta contra o mínimo existencial, derivado que é do postulado central da Constituição de 1988 da dignidade da pessoa humana.

Derradeiramente, no que toca ao item (iv), as principais objeções à tutela judicial individual do direito fundamental em apreço residem: a) na opção política na Constituição de 1988 de macro justiça, isto é, nas escolhas alocativas atribuídas à Administração (valores e destinatário da disponibilização), uma vez que o Judiciário, como concretizador de microjustiça, não dimensionaria as consequências globais da destinação de recursos públicos em prol da parte, prejudicando o todo; b) na configuração da norma atinente ao direito social à saúde se revelar como programática, dependente de políticas públicas, afastando a intervenção do Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes e da reserva do financeiramente possível. Ao revés, como critérios primordiais para superação às críticas acima se destacam; a) a efetivação pelo Judiciário do direito à saúde estaria, compreendida pelo postulado da dignidade da pessoa humana, pelo mínimo existencial; derivando inclusive da força normativa da Constituição; b) o perigo da genérica adução de uma norma da Constituição qualificar-se como programática torna-la uma promessa constitucional inconsequente.

Resposta #002729

Por: felico 6 de Maio de 2017 às 22:44

Cabe dizer que a doutrina especializada faz distinção entre os direitos de defesa (dimensão negativa) e o direito a prestações (dimensão positiva) em razão da possível dimensão programática destes últimos.

Reconhece-se a imediata eficácia da dimensão negativa dos direitos sociais no sentido de serem impugnáveis os atos que sejam contrários à sua realização.

No entanto, no que diz respeito à sua feição positiva, que, por sua vez, exige conduta positiva estatal, a doutrina reconhece certas restrições em razão da dimensão econômica (custos), que assume relevância quanto à possibilidade de sua efetivação.

Assim, há dependência real da existência de meios para que o Estado cumpra suas obrigações prestacionais. A limitação de recursos financeiros constitui limite fático à efetivação destes direitos ("reserva do possível").

No entanto, entende-se que mesmo sendo a reserva do possível espécie de limite jurídico e fático à obrigação prestacional positiva por parte do Estado, sempre deverá ser observado o "mínimo existencial" em razão da fundamentalidade do direito.

Aduz-se, ainda, como limite à efetivação da dimensão positiva dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, em razão da "escassez dos recursos", a noção de ou "escolhas dramáticas", no sentido de que os critérios de aplicação dos recursos seria encargo dos órgãos políticos.

Feitas essas considerações gerais, em relação, especificamente ao direito à saúde, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que trata-se de direito subjetivo que assume dupla dimensão: individual e coletiva (transindividual) e dever do Estado (solidariedade entre União, Estado e municípios). Como se trata de direito indisponível e, também, possui dimensão coletiva, admissível sua tutela individual (direito indisponível) ou coletiva (transindividual) por ação do Ministério Público,

Resposta #003175

Por: Jack Bauer 24 de Outubro de 2017 às 00:05

1 - O direito à saúde (art. 196 e seguintes da CF) foi reconhecido como direito fundamental de eficácia plena, ou seja, que independe de qualquer interface para ser aplicada no mundo dos fatos. Isso porque, em se tratando de norma que determine a efetivação de um direito essencial à vida humana, não há como tergiversar, mas apenas cumprir o mandamento constitucional.

2 - A dimensão subjetiva do direito à saúde significa que ele representa uma pretensão a ser oposta contra quem de direito, no caso o estado. As consequências da dimensão subjetiva são que, uma vez descumprida, pode o titular do direito acionar o estado para ver efetivado seu direito, seja em demanda individual, seja em tutela coletiva.

A dimensão objetiva constitui o padrão, o modo de cumprimento e os limites das tarefas do estado. Assim, o estado deve adotar um determinado padrão de comportamento, sob pena de vulnerar um direito fundamental.

3 - A doutrina e a jurisprudência do STF reconhecem o direito à saúde como direito difuso, ou seja, que pertence a todas as pessoas, mas que, para fins de tutela judicial pode ser exigido a título individual ou a título coletivo.

4 - Reserva do possível e ausência de previsão orçamentária.

A reserva do possível é entendida no sentido de que, dentro todos os direitos fundamentais previstos na CF, cabe ao administrador público, na impossibilidade de cumprir todos eles, escolher os mais urgentes para serem efetivados. Esse argumento se rebate, pois a escolha já foi feita pela própria Constituição, não cabendo ao gestor público substituir essa escolha.

A ausência de previsão orçamentária é alegada, pois o administrador público argumenta que o orçamento fiscal já está fechado e comprometido, não havendo recursos disponíveis para o pagamento do medicamento. No entanto, nesse caso, o juiz determina que as rubricas da saúde suportem a despesa, ou haja remanejamento de verbas acaso necessário.

Resposta #003791

Por: **MLS** 31 de Janeiro de 2018 às 19:24

1. Sim, porque o direito à saúde é direito social fundamental (art. 6º, CF), dotado de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF). Portanto, embora o art. 196 da CF submeta sua efetivação à dependência de políticas públicas a serem implementadas pelo Estado, o Poder Judiciário, quando invocado em razão de lesão ou ameaça a tal direito, não pode deixar de aplicá-lo.

2. Os direitos fundamentais se expressam de duas formas: como direitos subjetivos e objetivos. Subjetivamente, consubstanciam-se na faculdade de exigir uma ação ou abstenção tendo em vista uma situação particular. Objetivamente, determinam o modo de cumprimento e os limites das tarefas do Estado.

3. A titularidade do direito à saúde pode ser tanto individual quanto transindividual difuso, tendo em vista o que dispõe o art. 196, da CF; segundo o qual, a saúde é direito de todos, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços inerentes a esse direito.

4. Há divergências doutrinárias sobre ser possível o reconhecimento, pela via judicial, da existência de direito subjetivo à saúde.

Alguns argumentam que o direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, é uma simples norma programática, na medida em que necessita de implementação por meio de políticas públicas, o que depende de um juízo de discricionariedade do Administrador. Logo, o Poder Judiciário não poderia substituir o Administrador na análise da conveniência e oportunidade de tais políticas, sob pena de ferir a separação dos Poderes da República.

Essa corrente sustenta, ainda, que as normas programáticas só devem ser implementadas na medida da reserva do possível, ou seja, na proporção dos recursos públicos disponíveis.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que considerar o direito à saúde apenas como uma mera norma programática (diretrizes para formação de políticas públicas) seria desconsiderar a força normativa da Constituição. Ao passo que cabe ao Poder Judiciário analisar a legalidade da omissão do Estado - no que diz respeito à implementação das políticas públicas necessárias ao acesso universal e igualitário de ações e serviços de saúde-, de modo a resguardar a dignidade da pessoa humana; ao menos, no mínimo razoavelmente exigido (mínimo existencial).

Além disso, não há de se falar em usurpação de competências constitucionais, quando já existam políticas públicas para promoção da saúde, porque, nesses casos, a sua não promoção, proteção ou recuperação representa lesão a um direito objetivo, passível de apreciação pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

Resposta #004740

Por: **anamaria andrade** 11 de Outubro de 2018 às 17:46

O direito à saúde foi positivado na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, trazendo, além da previsão de tal direito na seara social (art. 6º), uma série de regulamentações e previsões orçamentárias para sua efetivação (arts. 196 e seguintes).

Diversas discussões surgiram no tocante ao regime aplicado ao direito à saúde. Isso porque, uma vez inserido no rol dos direitos "sociais", seria norma programática, a ser implantada progressivamente. Tal corrente, inclusive, é amparada pelos preceitos do PIDESC.

Por outro lado, entende-se, por majoritária doutrina e pelo STF, a extensão do direito à saúde tanto como direito transindividual, como individual e, devido a sua natureza e interligação com outros direitos essenciais - como a vida, por exemplo - sua regência é imediata, devendo ser aplicado desde logo, independentemente de normas regentes.

Quanto às dimensões, a dimensão objetiva do direito à saúde preconiza atividade prestacional pública (ativa), isto é, a obrigatoriedade da observância do referido direito pelo Poder Público, de modo que seja garantido a todos, independentemente de pleitos individuais ou coletivos.

Já a dimensão subjetiva é trazida como a relação entre o referido direito e os indivíduos, de maneira que estes fazem jus à saúde e aos meios necessários para propiciá-la, podendo, se o caso, pleitear dos órgãos competentes sua efetivação.

Neste tocante, inclusive, o Judiciário encontra-se cada vez mais invocado para sanar os questionamentos quanto à demanda dos pleitos à saúde, sendo defendido pelos Poderes Públicos o afastamento do direito como subjetivo ou, subsidiariamente, a clamação da "teoria da reserva do possível".

Ressalta-se que a referida teoria visa defender a impossibilidade estatal de atendimento de alguns direitos a todos os indivíduos, de modo equânime, sem comprometimento do viés orçamentário ou mesmo sem infringência de desvio de verbas de outros direitos a serem também efetivados.

Contudo, embora seja necessário dispender recursos e políticas pelo poder público no tocante à efetividade de direitos, a corrente da "reserva do possível" não se mantém, frente à "teoria do mínimo existencial" para garantia de direitos essencialmente mínimos a sobrevivência e ao bem-estar, como é a saúde.