

Os critérios imediatos para o controle jurisdicional do direito prestacional à saúde com base nas decisões do supremo tribunal federal entre 2009-2014

Hector Cury Soares*

1 Introdução

Como equilibrar a exigibilidade do direito prestacional à saúde em relação aos custos que geram os direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva calcada na CF/88? Pois se, de um lado a CF/88 adotou um regime de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, par. primeiro), por outro lado, diante da constatação de que os direitos geram custos, criou uma forma de financiamento (tributos) e de ordenação da Administração Pública para a sua efetivação (Orçamento Público).

Diante disso, percebemos que a adoção das teses “maximalistas”, ou seja, ilimitadas na efetivação do direito prestacional à saúde não são sustentáveis diante da dogmática constitucional, que aponta, no art. 196, para a adoção de políticas públicas de saúde. Tais políticas devem atender à generalidade dos indivíduos e não a todos individualmente considerados (com base em suas peculiaridades). Se assim o fizessem, seriam inviáveis em relação aos recursos financeiros disponibilizados para a saúde. As previsões orçamentárias são pensadas a partir dessas políticas com base em características gerais e na perspectiva da efetivação do acesso universal à saúde. Apesar disso, quando a prestação, em termos de políticas públicas de saúde, não corresponde ao requerido

* Professor Adjunto de Teoria do Direito da Universidade Federal do Pampa. Doutor em Direito Público pela UFRGS.

pelo indivíduo, entra em cena o Poder Judiciário.

Para o Judiciário, as restrições orçamentárias não se tornam obstáculo absoluto à intervenção¹. A despeito da discussão dos limites da relação entre os três Poderes, o Judiciário concretiza o texto da Constituição a partir de sentidos mínimos já constituídos². O papel do intérprete é reconstruir sentidos, deixando de lado a ideia de que o “Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”³. Nesse sentido, torna-se inviável uma intervenção ilimitada comprometendo inclusive as políticas públicas de saúde.

Em que pese a definição do conteúdo dos direitos fundamentais sociais – seja, a princípio, dos órgãos parlamentares – a concretização dos direitos fundamentais não fica à disposição do arbítrio do legislador⁴. Existe um conteúdo essencial definido no plano da Constituição, tendo como base os princípios e direitos fundamentais⁵.

Além da revisão de literatura realizada ao longo da pesquisa, os critérios foram estabelecidos considerando a realização da Audiência Pública n.º 4/2009 no STF e as decisões adotadas pelo STF e pelo STJ após a realização dessa audiência. Além disso, pela atuação significativa na proteção dos direitos prestacionais sociais, foram consultadas decisões do Tribunal Constitucional da África do Sul, da Corte Constitucional da Colômbia e da Corte Suprema da Argentina.

Dessa forma, dividimos o artigo em duas partes: omissão absoluta em políticas públicas de saúde e não cumprimento de

¹ MELLO, Claudio Ari. **Democracia e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 171.

² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 37.

³ *Ibidem*, p. 37. No mesmo sentido: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 81. GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 385-386. GUASTINI, Riccardo. **La sintassi del diritto**. Torino: G. Giappichelli, 2000. p. 160-161. Ainda sobre os significados essenciais, vale recorrer à expressão ideologia constitucional como “aquela definida em Direito Positivo, no Estado de Direito, pela Constituição vigente, em cada época e em cada país”. SOUZA, Washington Albino Peluso de. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 32-33.

⁴ MELLO, Claudio Ari, op. cit., 2004, p. 159.

⁵ *Ibidem*, p. 159.

prestações de prestações em saúde. Os critérios que tratam da exigibilidade imediata estão ligados a circunstâncias em que estamos diante de um direito subjetivo, a partir de um não cumprimento de uma regra prevista numa política pública. Neste caso, fere-se uma norma constitucional ou uma política pública.

2 Omissão absoluta (total) em matéria de políticas públicas de saúde

Na definição das políticas públicas de saúde, o Poder Legislativo e o Poder Executivo podem tanto agir quanto omitir. As normas constitucionais relativas ao direito prestacional à saúde (arts. 6º, 196, 197, 198, 199 e 200) são objeto de configuração por parte dos Poderes Legislativo e Executivo na formulação e implementação das políticas públicas de saúde. Não têm a mesma densidade material que as normas que definem o *que* deve ser prestado em termos de políticas públicas⁶.

No caso da saúde, as normas são mais abertas, deixando um âmbito maior de configuração à Administração Pública. Os dispositivos constitucionais não definem, por si, o conteúdo do direito prestacional à saúde; porém, definem parâmetros à sua concretização. Vejamos o art. 196 da CF/88: (1) direito de todos, (2) dever do Estado, (3) definido em políticas públicas, (4) integralidade da saúde, (5) acesso universal e (6) acesso igualitário. Além disso, define, no art. 198, a existência do SUS⁷ e suas fontes de financiamento⁸, além das atribuições do SUS no art. 200 da CF/88.

O roteiro estabelecido a partir dos citados itens (1) a (6) tem sido objeto do STF na verificação da constituição do direito à saúde e do que o Judiciário deve examinar ao receber um pedido de medicamento e/ou tratamento, mormente, nas decisões da presidência e após a Audiência Pública n.º 4 de 2009, chamada pelo então Presidente

⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Ativismo Judicial e Direito Tributário*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. p. 152.

⁷ BRASIL. **Lei Orgânica da Saúde**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso: 03.12.13.

⁸ BRASIL. **Lei Complementar n.º 141/2012**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm> Acesso: 15.12.13.

do STF, Min. Gilmar Ferreira Mendes⁹.

Compreendemos que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estabelecem o *que* é fornecido, em termos de direito prestacional à saúde. Nesse sentido, a conduta do Poder Executivo poderá variar entre a configuração material ou a omissão absoluta na configuração das políticas públicas de saúde. Procuraremos demonstrar que, no caso da omissão absoluta, caberá a intervenção do Poder Judiciário, sem, com isso, descaracterizar ou imiscuir-se nas funções típicas dos supracitados poderes, pois excepcional¹⁰. Assim, torna-se um critério de exigibilidade imediata da prestação em termos de direito à saúde.

A omissão pode ser representada sob duas formas em relação ao direito prestacional à saúde: a primeira ligada à não previsão do tratamento e/ou medicamento nas políticas públicas de saúde e a segunda à existência de um tratamento e/ou medicamento nas políticas públicas de saúde; porém, sendo um tratamento/medicamento alternativo ao requerido. A situação que recebe nossa análise é a primeira, ficando a segunda para um momento posterior. Neste sentido, a omissão total (absoluta) da qual tratamos refere-se ao caso de prestações não previstas nas políticas públicas de saúde.

Quanto maior for a densidade normativa e, por conseguinte, a regulação do direito prestacional à saúde, reduz-se substancialmente o âmbito de atuação do Poder Judiciário. Se os Poderes Legislativo e Executivo realizam a configuração do direito à saúde, com base nos itens citados, há o exercício adequado da liberdade de configuração¹¹. Em outras palavras, quanto maior o estabelecimento de tratamentos de saúde, medicamentos que devem ser fornecidos para determinadas doenças, políticas para a atenção preventiva dos indivíduos e políticas para a existência de leitos nos hospitais, por exemplo, maior a vinculação do Poder Executivo e menor a possibilidade de

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 421, 424 e 260**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 20.4.10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 316, 333, 434**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 16.4.10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 283**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 7.4.10.

¹⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 152.

¹¹ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2011, p. 153.

configuração por parte do Poder Judiciário.

O maior grau de participação democrática, tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo, na concretização das políticas públicas de saúde, definindo ações e serviços a serem prestados aos indivíduos, com base nos arts. 196 e seguintes da CF/88, restringe a possibilidade de definição dessas prestações pelo Poder Judiciário na efetivação do direito prestacional à saúde. Salientamos as palavras do Prof. Humberto Ávila: “só haverá ativismo judicial se o exercício da função judicial comprometer o exercício do poder democrático”¹², salvo na hipótese da proteção insuficiente desse direito, gerando uma restrição injustificada¹³.

Nessa condição, a responsabilidade pela materialização das prestações em saúde é, em princípio, dos Poderes Legislativo e Executivo. Se essa não se realiza, fica ao encargo do Poder Judiciário preencher as lacunas deixadas por outros poderes¹⁴. A Constituição brasileira remete a concretização dos direitos fundamentais, primordialmente, às instâncias democráticas¹⁵. Diante disso,

The point of having constitutional social rights protected by the judiciary is not to substitute judicial policy-making for governmental policy-making: it is to remedy violations of rights resulting from bad governmental policy-making. [...] it could indeed be that the rights thus protected will in fact only be *prima facie* rights; but they are rights none the less. Surely, a situation where *prima facie* rights are protected is preferable to a situation where no right at all is protected¹⁶.

Nas políticas públicas de saúde, cabe aos Poderes Legislativo e

¹² Ibidem, p. 152.

¹³ CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Eudeba, 2009. p. 319-320.

¹⁴ ROBERTSON, David. **The Judge as Political Theorist: contemporary constitutional review**. New Jersey: Princeton, 2010. p. 36-37.

¹⁵ MELLO, Claudio Ari, op. cit., 2004, p. 178.

¹⁶ “A vantagem de ter direitos sociais constitucionais protegidos pelo Poder Judiciário não é substituir a formulação de políticas públicas pelo governo pela formulação de políticas públicas pelo Judiciário: é para remediar as violações dos direitos resultantes da má formulação de políticas governamentais. [...] Embora os direitos assim protegidos sejam apenas direitos *prima facie*, ainda assim são direitos. Certamente, uma situação em que *prima facie* direitos sejam protegidos é preferível a uma situação em que nenhum direito é protegido” (tradução nossa). FABRE, Cécile. **Social Rights under the Constitution. Government and decent life**. Oxford: Oxford, 2004. p. 178.

Executivo disporem da liberdade para definir o *que e em que condições* deverá ser o conteúdo do direito prestacional à saúde, isto é, a definição do seu conteúdo e de seus limites deve ser realizada em órgãos que tenham a primazia no processo de deliberação das questões políticas da comunidade¹⁷. Concordamos que, sem dúvida, aos Poderes Legislativo e Executivo, na concretização do direito prestacional à saúde, é reservado um espaço de atuação¹⁸; entretanto, a questão reside na omissão absoluta do Poder Executivo na determinação das prestações a serem destinadas à comunidade.

Ao existir uma lacuna numa determinada política pública de saúde, ou seja, se há a demanda por um determinado tratamento ou medicamento e não há a previsão dentro das políticas públicas de saúde para aquela determinada doença, estamos diante de uma omissão por parte do Poder Executivo. A justificativa da escolha político-legislativa não é absoluta em caso de omissão.¹⁹ Deve ser avaliado se o Poder Executivo adotou algum tipo de medida para elidir uma determinada doença ou se adotou medidas que pudessem assegurar aos usuários do serviço público de saúde condições de acesso aos serviços e ações em consonância com os fins previstos no art. 196 da CF/88²⁰.

A partir disso, entendemos duas situações possíveis que podem ou não caracterizar a omissão absoluta do Poder Executivo em matéria de direito prestacional à saúde e, portanto, autorizando a determinação da escolha, inicialmente política, pelo Poder Judiciário: a) o caso em que é recomendado por um médico um determinado tratamento/medicamento para uma doença e não há previsão nas políticas públicas – por exemplo, não consta na RENAME e não há a possibilidade de ser realizado pelo SUS; b) o caso em que são exigidas melhorias na prestação do serviço pelo Poder Judiciário – por exemplo, a determinação de quais especialistas devem atender à ampliação do número de leitos públicos em hospitais. Os dois exemplos podem ser confrontados com o art. 196 da CF/88. Também é alegada, judicialmente, a omissão por parte do Poder Executivo na formulação/implementação das políticas públicas de

¹⁷ FABRE, Cécile, op. cit., p. 178.

¹⁸ Ibidem, p. 182.

¹⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004. p. 134.

²⁰ Ibidem, p. 135.

saúde, violando a CF/88.

Contudo, compreendemos que as duas situações merecem tratamentos distintos. Na primeira, estamos diante de uma omissão absoluta por parte do Poder Executivo, uma vez que há um indivíduo ou grupo de indivíduos que possuem a doença, necessitam do tratamento/medicamento e o Estado se nega a fornecer por não constar nas políticas públicas de saúde.

O Poder Executivo não adota políticas capazes de garantir a saúde dos indivíduos afetados por determinada doença²¹. É o caso, no Brasil, por exemplo, do fornecimento gratuito de medicamentos para pacientes com HIV/AIDS, para que inicialmente, não havia previsão pelo Estado brasileiro. A omissão gerou o dever de fornecimento e de intervenção do Poder Judiciário, nas palavras do Min. Celso de Mello, ao tratar do art. 196 da CF/88 “[...] não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever [...]”²².

A margem existente para a Administração Pública definir o conteúdo do direito prestacional à saúde não pode tornar-se uma barreira insuperável ao Poder Judiciário. Se há fatos e evidências que reconhecem a existência de uma determinada doença que possa gerar um dano à vida de um indivíduo sem condições financeiras de arcar com seu próprio medicamento/tratamento, é possível a intervenção do Poder Judiciário para a determinação do fornecimento. Nesse sentido, a omissão total (ausência de medidas da Administração Pública) é um critério para justificar a intervenção judicial em um caso particular²³, que deve ser universalizável, como condição de racionalidade para o estabelecimento de critérios²⁴.

²¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 151.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286-8/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 24.11.00. AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Minister of Health vs TAC**. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/16.html>> Acesso: 06.12.13.

²³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 152.

²⁴ Adotamos o sentido proposto por MacCormick ao estabelecer um roteiro à solução dos chamados *hard cases*, segundo o qual devemos verificar a universalidade, a coerência e a consistência. A universalidade indica que a decisão deve conter uma premissa geral aplicável a uma situação idêntica. Cabe salientar que o próprio autor

A omissão absoluta do Estado gera o direito subjetivo ao portador da doença que necessite do tratamento ou medicamento; que lhe dê manutenção ou promova uma condição de vida decente²⁵, pois não tem possibilidade financeira de arcar com o medicamento (sem prejuízo de sua renda) e não tem previsão de quaisquer outros medicamentos e/ou tratamentos para a mesma doença nas políticas públicas de saúde, tratando-se de medida compensatória.

Na segunda situação, é o caso da demanda judicial requerendo melhorias nas condições para a prestação dos serviços e ações de saúde em função de uma omissão. Por exemplo, ampliação de leitos públicos nos hospitais, construção de hospitais, contratação de médicos em determinadas especialidades²⁶. Nessa circunstância, os beneficiários da

indica que a universalidade não é absoluta. As razões têm que ser universalizáveis, de modo a que correspondam a uma resposta racional em um sentido objetivo. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Capítulo V (Universais e Particulares). MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978. p. 73-99 (Capítulo IV). Nesse sentido: [...] se habla de la “universalización” del resultado de la ponderación. Así, un resultado regla de la ponderación es unversible si es aplicable para la solución de un nuevo caso, y lo es si las condiciones del antecedente del regla-resultado de la ponderación y las circunstancias del (nuevo) caso concreto, se pueden justificar como iguales o similares. De esta manera, se puede conciliar em el modelo de la ponderación orientado por reglas, por um lado, la consideración de lo concreto del caso y, por otro lado, la universalización, en tanto la regla-resultado de la ponderación no vale de forma definitiva. Sin consideración de las circunstancias concretas del (nuevo) caso, no se puede justificar la referida igualdad o similitud entre ambos casos.” CLÉRICO, Laura, op. cit, p. 182.

²⁵ Que garantam o bem estar e autonomia dos indivíduos. FABRE, Cécile, op. cit., p. 8.

²⁶ No sentido proposto pela pesquisa: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.068.731/RS**. Rel. Min. Herman Benjamin. D.J. 08.03.12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.041.197**. Rel. Min. Humberto Martins. D.J. 16.09.09. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 642.536**. Rel. Min. Luiz Fux. D.J. 05.02.13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 581.352**. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 19.10.13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 740.800**. Rel. Min. Cármen Lúcia. D.J. 03.12.13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 809.018**. Rel. Min. Dias Toffoli. D.J. 25.09.12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n.º 47**. Rel. Min. Gilmar Mendes. D.J. 17.03.10. BRASIL. Supremo

medida são imensuráveis, representando o exercício do direito à saúde em sua dimensão coletiva (transindividual), baseados na possibilidade da (re)distribuição de bens e serviços de saúde – conforme analisado na subseção 2.2.4. Aqui, é preciso verificar se foram adotadas as medidas necessárias à realização progressiva do direito prestacional à saúde, garantia prevista no PIDESEC, ou seja, se as políticas públicas de saúde adotam ações para a melhoria das condições de prestação dos serviços de saúde para a coletividade.

Do contrário, a intervenção do Poder Judiciário, diante da escassez de recursos e dos limites orçamentários, representará, pelo contínuo afastamento das regras gerais, a descaracterização das políticas públicas de saúde: “política pública individual é um oxímoro, como silêncio eloquente”²⁷.

Se os Poderes Executivo e Legislativo têm políticas para a melhoria das condições de atendimento, é possível apor a limitação dos recursos orçamentários desde que atendam às balizas previstas no art. 196 da CF/88, inexistindo direito subjetivo à saúde. Na segunda possibilidade, a intervenção positiva do Poder Judiciário coloca em xeque as restrições orçamentárias do Estado a partir das opções político-legislativas realizadas, resultando em um inevitável “populismo judicial”²⁸.

Nesse sentido, concluímos que: a) as normas constitucionais não definem o conteúdo do direito prestacional à saúde; a.1) a concretização cabe aos Poderes Legislativo e Executivo; b) quanto maior a densificação, maior a vinculação do Poder Executivo às prestações, podendo ser exigidas no Judiciário; c) em caso de omissão absoluta, e o pedido for por um medicamento/tratamento, o Poder Judiciário poderá intervir, determinando a escolha política; c.1) o demandante deverá comprovar dano à vida e hipossuficiência, tornando injustificável o não fornecimento; d) se o pedido for por melhorias no SUS, contratação de médicos, ampliação de leitos, devemos verificar se há políticas públicas, em implantação, dessas melhorias; d.1) caso essas

Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 734.487**. Rel. Min. Ellen Gracie. D.J. 03.08.10.

²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2011, p. 154.

²⁸ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Madrid: Trotta, 2007. p. 95.

políticas existam, descabe a intervenção do Judiciário; d.2) se, na mesma situação, a resposta for negativa, o Poder Judiciário determinará as políticas.

3 Não cumprimento de prestações previstas em políticas públicas de saúde

Uma parcela significativa das decisões judiciais que exigem o fornecimento de um determinado medicamento ou tratamento de saúde é embasada em políticas públicas já previstas e não cumpridas pelo Poder Executivo. Neste caso, há o direito subjetivo do indivíduo ao fornecimento de medicamento e/ou tratamento, não se tratando, em nosso viés, de intervenção do Poder Judiciário no âmbito de conformação político-legislativa da Administração Pública.

Demonstraremos que o Poder Judiciário apenas faz cumprir uma previsão nas políticas públicas de saúde do fornecimento de medicamento/tratamento para uma determinada doença. Não há a possibilidade de o Poder Executivo escusar-se no cumprimento de sua obrigação, ainda que sejam utilizados argumentos que levantem questões ligadas às finanças públicas, como escassez de recursos, escolhas trágicas e reserva do possível.

O Poder Executivo poderia criar o óbice ao fornecimento em vista de duas sortes de argumentos: (1) o exercício de seu poder discricionário; portanto, poderia rever suas opções, não gerando direitos subjetivos; (2) o não fornecimento de medicamentos e/ou tratamentos por não dispor de recursos financeiros, em que pese à previsão em políticas públicas de saúde. Conforme a nossa argumentação, tais respostas não são aplicáveis aqui pelos motivos que passamos a expor.

Em primeiro lugar, entendemos que não se está diante de intervenção do Poder Judiciário no âmbito das escolhas político-legislativa dos Poderes Legislativo e Executivo. Quando for o caso de tratamento ou medicamento já previsto em políticas públicas de saúde, não há o que se cogitar de interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à implementação das políticas públicas de saúde. No Brasil, tanto a jurisprudência do STF quanto a doutrina encontram abrigo para esse argumento.

Após a realização da Audiência Pública n.º 4/2009, em alguns julgados do STF, é possível encontrar o seguinte argumento,

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública parece evidente.²⁹

Essa compreensão justifica-se e é salientada na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, uma das principais decisões do STF, em que busca estabelecer critérios para o controle judicial das políticas públicas de saúde e, inclusive, faz menção textual à Audiência Pública n.º 4 e à necessidade da determinação de critérios: “o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde [...] [.] apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”³⁰, concluindo que “esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão, em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes”³¹.

Sob a ótica da dogmática constitucional, remete-se ao caso em que é realizada uma maior densificação normativa das normas constitucionais³², isto é, com a existência de políticas públicas de saúde há a relação de medicamentos e tratamentos prestados pelo SUS de acordo com a enfermidade. A intervenção do Poder Judiciário tem em vista o cumprimento de regras estabelecidas pelo Poder Executivo não poderia, portanto, em sentido contrário, simplesmente desconsiderar as regras, o que, por si, configuraria ativismo judicial³³.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 421, 424 e 260**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 20.4.10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 316, 333, 434**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 16.4.10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 283**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 7.4.10.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 29.4.10.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 29.4.10.

³² ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2011, p. 153.

³³ Ibidem, p. 153.

No caso de medicamentos e tratamentos em que há a previsão de fornecimento pela Administração Pública, estamos diante de um direito público subjetivo à saúde, sendo a atividade do Poder Judiciário nada mais do que o cumprimento daquilo que a Administração determina como prestação. O Poder Judiciário deve assumir a tarefa de fazer cumprir as prestações previstas no desenho e na execução das políticas públicas. Dentro dessa perspectiva, as medidas adotadas no exercício do poder discricionário do Poder Executivo, ao concretizar as prestações em matéria de saúde, convertem-se em verdadeiras obrigações legais, tornando-se o Poder Judiciário o garante da execução das medidas das políticas públicas de saúde³⁴.

Trata-se do cumprimento de obrigações claramente estabelecidas por leis e regramentos administrativos em matéria de direito prestacional à saúde. Ao Poder Judiciário caberá fazer cumprir/executar o estabelecido na legislação vigente, diferentemente de fixar escolhas político-legislativas distintas daquelas previstas na legislação³⁵. Importante fixar que, diante da concepção de Estado de Direito³⁶, subordinam-se todas as manifestações da Administração

³⁴ ABRAMOVICH, Victor. La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely. **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: del invento a la herramienta**. México: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006. p. 152. Para ilustrar, há o chamado caso Viceconte (Mariela Cecilia Viceconte) contra o Ministério da Saúde e Ação Social, julgado pela Câmara Nacional de Apelações do Contencioso Administrativo Federal. O Estado argentino assumiu a decisão política de fabricar uma vacina contra a Febre Hemorrágica. Em não fornecendo, a apelação contestou o descumprimento da obrigação que o Estado assumiu. Como resultado, o Tribunal assegurou o cumprimento da obrigação assumida pelo Estado argentino. ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. **Mariela Cecilia Viceconte contra Ministério da Saúde e Ação Social**. Julgado em 5.11.98. Disponível em < http://www.escri-net.org/sites/default/files/sentencia_2-6-98.doc> Acesso: 10.02.14.

³⁵ ABRAMOVICH, Victor. La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely. **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: del invento a la herramienta**. México: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006. p. 153.

³⁶ Ao contrário dos autores alemães, que assinalam o Estado a partir da fórmula *Macht-Staat*, Duguit aduz que a força irresistível do Estado é limitada pelo Direito. Sem dúvida, o reconhecimento do Estado como força o afasta do idealismo; porém o Estado subordinar-se ao Direito significa que a força não pode fundar o Direito e, sim,

Pública à lei. Nesse sentido, a política pública corporifica-se, a partir da CF/88 e legislação infraconstitucional, em atos administrativos normativos³⁷.

No Brasil, a partir da LOS, é organizada, por meio do Poder Executivo, uma série de atos normativos que determinam quais os medicamentos e tratamentos a serem disponibilizados pelo SUS. Em 1998, o então Ministro de Estado da Saúde, José Serra, publicou a Portaria n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998³⁸, contendo a Política Nacional de Medicamentos, baseada nas recomendações da OMS. Na própria portaria, estão contidas informações como a formatação do seu processo de criação, suas diretrizes e princípios conforme os adotados pelo SUS. Além disso, aduz que a proposta da política contou com a participação de diferentes segmentos, direta e indiretamente envolvidos com o tema, e, por fim, foi aprovada pela Comissão Nacional de Saúde³⁹.

Para ajustar o fornecimento de medicamentos pelo Estado às necessidades do Brasil, adota-se a Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME)⁴⁰, fundada com base nos maiores problemas de saúde do país e contando com os medicamentos básicos disponíveis para o

submeter-se a ele. DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. V. 1, Paris: Ancienne Librairie Fontenoing, 1927. p. 539-540.

³⁷ LIMA, Ruy Cirne, op. cit., p. 223-226. Em sentido contrário: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. ano 35, n.º 138, abr./jun., 1998.

³⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 3916 de 30 de outubro de 1998**. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso: 10.5.2013.

³⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 3916 de 30 de outubro de 1998**. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso: 10.5.2013.

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 533 de 22 de março de 2012**. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/rename_pt_533_2012.pdf> Acesso: 10.5.2013. Quanto à lista de medicamentos: BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação de Medicamentos Essenciais (atualizada em 27.9.2012)**. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/anexos_rename_2012_pt_533_27_09_12.pdf> Acesso: 10.5.2013.

tratamento. Essa relação deve ser continuamente atualizada. A RENAME é composta pela Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica; Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; Relação Nacional de Insumos; Relação Nacional de Medicamentos de Uso Hospitalar, conforme o art. 1º da Portaria n.º 533 do Ministério da Saúde⁴¹.

A manutenção e a reorientação da RENAME contam com a garantia de que a oferta de medicamentos seja eficaz, segura e com qualidade, devendo a política de fornecimento de medicamentos ser tutelada pelo órgão sanitário responsável, a ANVISA. Em outras palavras, para ser parte dessa política pública, é necessário que o medicamento tenha o seu uso autorizado pela ANVISA.

Nesse sentido, também há a Rede Brasileira de Laboratórios Analítico-Certificadores em Saúde (REBLAS), permitindo, no âmbito nacional, aos produtores “testemunhar, voluntariamente, a qualidade dos seus produtos colocados no comércio – que são adquiridos pelos serviços de saúde – e, ainda, a fiscalização e o acompanhamento da conformidade de medicamentos [...]”⁴² Além disso, na Portaria n.º 3916/98 do Ministério da Saúde, assevera-se que o Brasil deve manter uma política de incentivo e capacitação e o desenvolvimento tecnológico nacional, com o objetivo de estimular o aperfeiçoamento e a produção nacional⁴³.

Em relação ao SUS, será sua responsabilidade, considerando as diretrizes do próprio sistema, a partir dos gestores em cada ente federado, viabilizar “o propósito desta Política de Medicamentos, qual seja, o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população

⁴¹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 533 de 22 de março de 2012**. Disponível em < http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome_pt_533_2012.pdf> Acesso: 10.5.2013.

⁴² BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 3916 de 30 de outubro de 1998**. Disponível em <http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso: 10.5.2013.

⁴³ Ibidem. Também: DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari, op. cit, 2006, p. 260-261.

àqueles considerados essenciais”.⁴⁴

As prestações em matéria de direito prestacional à saúde podem advir, como visto, de regulamentos ou atos administrativos. Mesmo assim, geram a obrigação legal do fornecimento da prestação pela Administração Pública⁴⁵, não se cingindo apenas a atos legislativos propriamente ditos. Ainda que utilizássemos o argumento de se tratar de uma política pública e não um regulamento ou ato administrativo, entendemos que não pode um agente público recusar o cumprimento daquilo que propõe em respeito às expectativas legítimas⁴⁶ no interesse da boa administração⁴⁷.

Em segundo lugar, é insustentável o argumento que alega o não cumprimento das prestações previstas nas políticas públicas de saúde em virtude de escassez de recursos. Partimos do pressuposto de que todas as prestações, como medicamentos e tratamentos, adotados pelas políticas públicas necessitam da previsão orçamentária. Assim, para que existam as prestações em matéria de direito à saúde é necessário orçar as despesas na Lei Orçamentária Anual. Isso significa dizer que somente são escolhidas e implementadas políticas que contem com o provimento orçamentário. Além disso, demonstramos empiricamente que há execução de parte considerável do Orçamento voltado à saúde, permitindo, faticamente, a concretização das prestações (Tabela n.º 1, p. 96).

Nessa situação, a oposição da escassez de recursos para o não cumprimento das obrigações legais acaba afetando a integridade do

⁴⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 3916 de 30 de outubro de 1998**. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso: 10.5.2013.

⁴⁵ ABRAMOVICH, Victor. La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely. **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: del invento a la herramienta**. México: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006. p. 153-154.

⁴⁶ SCHONBERG, Soren. **Legitimate Expectations in Administrative Law**. New York: Oxford, 2006. p. 25. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica: entre permanência e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 211.

⁴⁷ Amplamente, v. FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

direito prestacional à saúde⁴⁸. Se o Estado deixa de prestar o que prevê, em termos de políticas públicas de saúde, estamos diante da violação do mínimo vital, a partir do entendimento próprio dos Poderes Legislativo e Executivo, enquanto órgãos legitimados para a deliberação democrática, acerca do que deve ser prestado em termos de políticas públicas. O direito a um mínimo vital é um direito subjetivo definitivo vinculante sem dúvidas⁴⁹. Nas palavras de Alexy,

También los derechos sociales fundamentales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto, por si mismo, no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto.⁵⁰

As políticas públicas de saúde, como forma de concretização do direito prestacional à saúde, estão sujeitas a uma reserva da política, isto é, a sua efetivação tem como destinatária a implementação pelos órgãos políticos do Estado⁵¹. Dessa maneira, os órgãos políticos são os responsáveis pelo estabelecimento das prestações mínimas vitais. Ao criarem as prestações, por sua vez, vinculam-se a uma obrigação legal, não podendo essa não ser concretizada sob o argumento da escassez de recursos. É por meio do estabelecimento do mínimo que é possível nos certificarmos do conteúdo justificável (imediatamente) do direito prestacional à saúde⁵². Portanto, não é possível a escusa da escassez de recursos da Administração Pública para não cumprir aquilo que se propôs politicamente a fazer.

⁴⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 121.

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 445.

⁵⁰ “Também os direitos sociais fundamentais mínimos têm consideráveis efeitos financeiros quando são muitos os que o fazem valer. No entanto, isso, por si mesmo, não justifica inferir a não existência desses direitos. A força do princípio da competência sobre o orçamento público do legislador não é ilimitada. Não é um princípio absoluto.” (tradução nossa) Ibidem, p. 455.

⁵¹ SCHULTE, Bernd. Direitos Fundamentais, Segurança Social e Proibição de Retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 304.

⁵² YOUNG, Katharine G. **Constituting Economic and Social Rights**. Oxford: Oxford, 2012. p. 81.

Por fim, compreendemos que: a) as prestações estabelecidas nas políticas públicas de saúde geram uma obrigação estatal; b) o Poder Judiciário não intervém no âmbito político-legislativo; neste caso, apenas faz cumprir uma previsão legal; c) essa previsão pode estar em atos legislativos ou, mesmo, em atos administrativos; d) não poderá o Estado deixar de cumprir a obrigação em função de escassez de recursos, pois consiste no mínimo vital determinado por ele mesmo.

4 Conclusões

A CF/88 dá força normativa aos direitos sociais como um todo e assegura essa força ao direito prestacional à saúde, seja formalmente, seja materialmente. O meio de assegurar o custeio de prestações (serviços de saúde no sentido integral como medicamentos e tratamentos) é pela arrecadação do Estado (sistema tributário) e sua concretização por meio da Lei Orçamentária Anual, a qual conta com uma quantia vinculada à área da saúde.

As políticas públicas de saúde são objeto de deliberação democrática. Logo, sua supressão ou substituição deve ser justificada racionalmente pelo Poder Judiciário (legitimidade argumentativa).

A partir desses três elementos, procuramos estabelecer critérios constitucionalmente justificáveis e que, portanto, assegurassem a aplicabilidade do direito prestacional à saúde, seja por meio de tutela coletiva, seja por meio de tutela individual.

Apresentamos os critérios imediatos, nos quais residem os casos em que o Poder Judiciário deve assegurar, *prima facie*, a tutela. É a situação de prestações previstas em políticas públicas, mas não realizadas pelo Estado e, no caso de uma omissão absoluta.

O nosso entendimento é o da adoção de critérios para a justiciabilidade do direito prestacional à saúde. Com esses critérios, pretendemos definir uma linha mediana entre a exigibilidade do direito prestacional à saúde e as limitações financeiras do Estado sem, com isso, violar a deliberação democrática em matéria de políticas públicas de saúde. Esses critérios são baseados na CF/88 e, em nosso viés, asseguram a intervenção do Poder Judiciário sem deslizar para o ativismo judicial ou o populismo judicial, realizando uma decisão

racional, como deve ser o papel do Poder Judiciário⁵³.

5 Referências Bibliográficas

ABRAMOVICH, Victor. La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely. **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: del invento a la herramienta**. México: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006.

AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Minister of Health vs TAC**. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/16.html>> Acesso: 06.12.13.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica: entre permanência e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Ativismo Judicial e Direito Tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2011.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 141/2012**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm> Acesso: 15.12.13.

BRASIL. **Lei Orgânica da Saúde**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso: 03.12.13.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 533 de 22 de março de 2012**. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome_pt_533_2012.pdf> Acesso: 10.5.2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 3916 de 30 de outubro de 1998**. Disponível em <http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso: 10.5.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.041.197**. Rel. Min. Humberto Martins. D.J. 16.09.09.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.068.731/RS**. Rel. Min. Herman Benjamin. D.J. 08.03.12.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 734.487**. Rel. Min. Ellen Gracie. D.J. 03.08.10.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 809.018**. Rel. Min. Dias Toffoli. D.J. 25.09.12.

⁵³ ZAIDEN, Juliano Benvindo. **On the limits of Constitutional Adjudication: deconstructing balancing and judicial activism**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2010. p. 88.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286-8/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 24.11.00.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 581.352**. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 19.10.13.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 642.536**. Rel. Min. Luiz Fux. D.J. 05.02.13.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 740.800**. Rel. Min. Cármen Lúcia. D.J. 03.12.13.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n.º 47**. Rel. Min. Gilmar Mendes. D.J. 17.03.10.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 29.4.10.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 283**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 7.4.10.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 316, 333, 434**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 16.4.10.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 421, 424 e 260**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 20.4.10.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. ano 35, n.º 138, abr./jun., 1998.
- DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. V. 1, Paris: Ancienne Librairie Fontenoing, 1927.
- FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GUASTINI, Riccardo. **La sintassi del diritto**. Torino: G. Giappichelli, 2000.
- MacCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- _____. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- SCHULTE, Bernd. Direitos Fundamentais, Segurança Social e Proibição de Retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- YOUNG, Katharine G. **Constituting Economic and Social Rights**. Oxford: Oxford, 2012.
- ZAIDEN, Juliano Benvindo. **On the limits of Constitutional Adjudication:**

deconstructing balancing and judicial activism. Heidelberg: Springer-Verlag, 2010.

Resumo

O artigo apresenta critérios imediatos para o controle jurisdicional do direito prestacional à saúde. Para isso, é feita uma revisão bibliográfica na seara da teoria dos direitos fundamentais, analisando os aspectos dogmáticos do direito prestacional à saúde, e o exame das decisões do Supremo Tribunal Federal, entre 2009 e 2014, sobre o tema. Com isso, elaboram-se critérios imediatos sem gerar uma violação na esfera política de atuação do Poder Executivo.

Palavras-chave: direito à saúde; Supremo Tribunal Federal; controle jurisdicional.

Abstract

The article presents criteria for judicial review of right to health. For this, It made a literature review in the theory of fundamental rights, analyzing the dogmatic aspects of right to health, and the examination of the decisions of the Supreme Court between 2009 and 2014 on the theme. Thus, elaborated immediate mediate criteria for judicial review, finding a proper hermeneutics answer.

Key-words: right to health; Supreme Court; judicial review.