

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

HENRY ÂNGELO MODESTO PERUCHI

**DIREITO À SAÚDE: ACESSO IRRESTRITO OU POSSIBILIDADE DE
CONDICIONANTES?**

MARÍLIA

2018

HENRY ÂNGELO MODESTO PERUCHI

**DIREITO À SAÚDE: ACESSO IRRESTRITO OU POSSIBILIDADE DE
CONDICIONANTES?**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches.

MARÍLIA

2018

Peruchi, Henry Ângelo Modesto

Direito à saúde: acesso irrestrito ou possibilidade de condicionantes? / Henry Ângelo Modesto Peruchi – Marília: UNIMAR, 2018.

107f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2018.

Orientação: Prof^a. Dr^a. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches

1. Direito à Saúde 2. Poder Executivo 3. Poder Judiciário I. Peruchi, Henry Ângelo Modesto.

CDD – 341.2

HENRY ÂNGELO MODESTO PERUCHI

DIREITO À SAÚDE: ACESSO IRRESTRITO OU POSSIBILIDADE DE
CONDICIONANTES?

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches.

Aprovada pela Banca Examinadora em: ____/____/____

Prof.^a Dr.^a Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches
Orientadora

Prof. (a) Dr. (a)

Prof. (a) . Dr (a).

Aos meus pais e à Ana Cláudia, fontes inesgotáveis de amor e inspiração.

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Arquiteto do Universo, que é Deus, pelo privilégio da conclusão de mais um etapa da minha vida. Por ser minha fonte de força e paz espiritual.

Aos meus pais, Enor e Cecília, pelo amor, dedicação e apoio em todos os momentos desta e de todas as caminhadas da minha vida.

À Ana Cláudia, minha esposa, pelo amor e por ser a grande incentivadora da continuidade de meus estudos. Por sempre acreditar e me mostrar que tudo é possível.

À Professora Doutora Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches por ser minha guia neste desafio, por compreender minhas limitações e permitir que mais esta etapa possa ser vencida.

A todos os Professores do Mestrado, aos servidores da Unimar e a minha turma por todo o aprendizado durante estes dois maravilhosos anos. Inegável meu crescimento pessoal e profissional graças à contribuição de todos vocês.

À Fundação Municipal de Saúde de Rio Claro, na pessoa do então Presidente, Dr. Geraldo de Oliveira Barbosa, e na pessoa da então Procuradora Judicial-Chefe, Dra. Andréa Caritá Sarti Mazzafera, por me permitir esse aperfeiçoamento acadêmico, cujo conhecimento adquirido será revertido ao serviço público.

A todos que, embora não citados nominalmente, também contribuíram para a conclusão desta etapa. Um fraternal abraço e muito obrigado!

“A menos que modifiquemos nossa
maneira de pensar, não seremos capazes
de resolver os problemas causados pela
forma como nos acostumamos a ver o
mundo”
(Albert Einstein)

RESUMO

A presente dissertação, apresentada na área de concentração “Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social”, na linha de pesquisa “Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais”, tem como objetivo analisar o direito social à saúde, direito fundamental previsto expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O tema “direito à saúde” assumiu papel de destaque nos noticiários nas últimas décadas, iniciando-se, assim, uma discussão sobre a postura do Judiciário frente a tais demandas bem como as dificuldades encontradas pelo Poder Executivo para o atendimento das decisões judiciais sobre o tema, diante das crescentes e infindáveis necessidades da população. Diante desta celeuma, verifica-se o surgimento de duas correntes diametralmente opostas: de um lado os que defendem o direito irrestrito à saúde, com fundamento principal no disposto nos artigos 6º e 196, ambos da CR/88 e de outro os que defendem a necessidade de condicionantes, ante as limitações materiais e legais impostas o gestor público e sob pena de caos no sistema público de saúde – rede SUS. Ambas as correntes possuem fundamentos sólidos o que impede uma tomada de decisão segura por parte do intérprete da norma. Questiona-se, assim, se o acesso ao direito à saúde seria irrestrito, ou se poderia, respeitando-se a Constituição da República de 1988, ser criadas condicionantes para tal exercício. Pretende-se verificar, ainda, a perspectiva do tema junto ao Supremo Tribunal Federal - STF, analisando-se os recursos extraordinários 566471 e 657718, com repercussão geral sobre o tema, ainda sem julgamento definitivo. Através da análise da legislação e doutrina, pelo método dedutivo, e indutivo para análise de julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, buscar-se-á um aprofundamento nos fundamentos de cada corrente buscando soluções de forma a permitir um avanço na saúde pública. Mesmo inexistindo respostas definitivas, as considerações finais destinar-se-ão à apresentação de parâmetros necessários ao exercício do direito à saúde.

Palavras-Chave: Direito à Saúde. Poder Executivo. Poder Judiciário.

ABSTRACT

This dissertation, presented in the areas of Concentration “Economic Enterprises, Social Change and Development”, and, in the research line “the Business Relations and the Social Demands and Development”, aims to analyze the social right to health, a fundamental right expressly provided for in the Federative Republic of Brazil Constitution from 1988. The theme "right to health" has assumed a prominent role in the news throughout the last decades, beginning a discussion about the Judiciary posture to such demands as well as the difficulties found by the Executive Branch to comply the judicial decisions on the subject, in face of the growing and endless needs of the population. In the face of this disorder, is possible to see two diametrically opposed currents emerge: in one side those who defend the unrestricted right to health, with the main ground in Articles 6 and 196, both from the Constitution of 1988, and, in the other side those who defends the need for conditioners, given the material and legal limitations imposed by the public manager and under penalty of chaos in the public health system – SUS network. Both currents have solid fundamentals which prevent a safe decision making per the norm interpreter. This way, the question is: the access to the right to health would be unrestricted, or, in the compliance of the Constitution from 1988, conditions could be created for such exercise. It is also intended to analyze the subject perspective with the Supreme Federal Court, analyzing the extraordinary appeals 566471 and 657718, with general repercussion on the subject, without final judgment yet. Through the analysis of the legislation and doctrine, by the deductive method, and inductive for the analysis of the Federal Supreme Court's judgments on the subject, a deepening of each chain fundamentals will be sought, seeking solutions in order to allow an advance in the public health. Even if there are no definitive answers, the final considerations will be to present the necessary parameters for the exercise of the right to health.

Keywords: Right to Health. Executive Branch. Judicial Branch.

LISTA DE ABREVIATURAS

AI – Agravo de Instrumento

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

AgR – Agravo Regimental

Art. – Artigo

C. – Colendo

CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias

CPC – Código de Processo Civil

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

LDO – Leis de Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei Orçamentária Anual

PPA – Plano Plurianual

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	23
1.1.1 Direito à saúde.....	27
1.1.2 Eficácia das normas de direitos fundamentais sociais em sua dimensão prestacional.....	30
1.2 POLÍTICAS PÚBLICAS.....	32
2 ACESSO IRRESTRITO AO DIREITO À SAÚDE.....	38
2.1 APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS SOBRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	40
2.2 DIREITO À SAÚDE COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	42
2.3 DIREITO À SAÚDE COMO CONSEQUENCIA INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.....	46
2.4 DIREITO À SAÚDE E O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	49
2.5 PROIBIÇÃO DO RETROCESSO.....	52
2.6 IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DE SAÚDE EFICIENTES EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA	56
3 NECESSIDADE DE CONDICIONANTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO À SAÚDE.....	60
3.1 LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS E PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	62
3.2 EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL.....	69
3.3 LISTAS ADMINISTRATIVAS DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS, APROVAÇÃO DE MEDICAMENTOS PELA ANVISA E INOBSERVÂNCIA QUE CONFIGURA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	74
3.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	80
4 EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ANÁLISE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N°s 566471 e 657718.....	85
CONCLUSÃO.....	97
REFERÊNCIAS.....	102

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, tradicionalmente concebidos como direitos a prestações materiais por parte do Estado, tiveram sua primeira positivação no Brasil na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, tratados conjuntamente com a ordem econômica em capítulo específico do texto constitucional. Na Constituição de 1937, não se abordou expressamente a ordem social, sendo dentro da ordem econômica feita somente uma remissão ao direito social quanto ao trabalho ser um dever social. As Constituições de 1946 e 1967, assim como a Emenda Constitucional nº 1/1969, voltam a tratar do tema juntamente com a ordem econômica.

Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 rompeu com as Constituições anteriores tratando sobre o assunto no capítulo intitulado “Dos Direitos Sociais”, que compõe o título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Eles foram alçados à condição de direitos e garantias fundamentais, sendo que o artigo 6º da Constituição vigente elenca uma gama de direitos sociais, entre eles o direito à saúde, tratado de forma direta e expressa pela primeira vez, pois antes era tratado juntamente com o direito à saúde no ambiente de trabalho.

Ao tratar da ordem social, a Constituição da República de 1988 o faz no seu Capítulo II “Da Seguridade Social”, de forma que restou compreendida como um conjunto integrado de ações destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, sendo que no artigo 196 da CR/88 houve tratamento específico sobre o direito à saúde, foco do presente estudo.

Importante destacar que o direito à saúde desde a promulgação da CR/88 passou a ser interpretado sob outro enfoque do até então empregado pelos aplicadores do direito, o que atraiu a atenção de toda a sociedade. Tratado, nesta nova perspectiva, como direito fundamental, do Estado passou-se a exigir uma atuação de forma mais efetiva na sua concretização.

Os noticiários, na última, década constantemente veiculam matérias em que o direito à saúde é o cerne da questão, seja através de discussões sobre novos tratamentos e a postura do Poder Judiciário frente a eles, pelo fato de o direito à saúde estar intrinsecamente ligado ao direito à vida, ou mesmo das dificuldades enfrentadas pelos entes da Federação para atendimento de todas as necessidades da população, essas sempre inesgotáveis, com orçamentos restritos e vinculados a determinadas atividades, estabelecidas no exercício anterior através das competentes leis orçamentárias.

Estas celeumas conduziram à evolução das discussões referentes ao direito à saúde, principalmente pelo aumento expressivo dos casos de judicialização deste direito, com casos concretos chegando a mais alta Corte judicial, razão pela qual duas correntes diametralmente opostas se formaram: uma composta por aqueles que defendem o direito irrestrito à saúde, fundamentando-se nos termos expostos na Constituição da República de 1988; outra, comportando aqueles que conduzem a máquina pública e defendem o respeito aos critérios administrativos, a teor das listas elaboradas pelo Ministério da Saúde, bem como outras condicionantes, sob argumento de possibilidade de “quebra” do Sistema Único de Saúde - SUS.

Questiona-se, assim, se o acesso ao direito à saúde seria irrestrito ou se poderiam, respeitando-se a Constituição da República de 1988, ser criadas condicionantes para tal exercício.

Visando contextualizar o que se pretende estudar, não se discute na presente o acesso aos medicamentos e tratamentos constantes das listas aprovadas pelos órgãos competentes, eis que neste caso não há celeuma, tratando-se de dever estatal. Não se discutem, ainda, os experimentos medicamentosos ou tratamentos inovadores que sequer foram submetidos aos estudos iniciais para aferição de sua eficácia, ante o fato de que não há um estudo aprofundado sobre os reais efeitos dos mesmos, havendo desrespeito, inclusive, às normas de pesquisa que visam proteger os pacientes.

O presente estudo visa confrontar os argumentos de ambas as correntes, destacando pontos relevantes e permitindo, ao final, um aprimoramento de pensamento e entendimento sobre o tema estudado, sem pretensão de que seja esgotado, e, para tal, o estudo foi realizado através de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial da Corte Constitucional.

Inicialmente, analisar-se-ão os conceitos gerais sobre o tema como forma de subsidiar as discussões que surgirão no decorrer do presente estudo, momento a partir do qual se adentrará no estudo detalhado dos argumentos utilizados pelas correntes acima citadas.

Dentro deste primeiro capítulo, far-se-á um estudo dos direitos e garantias fundamentais e suas dimensões, abordando-se conceitos e características, seus limites e meios de solução de conflitos em caso de colisão dos mesmos.

Compreendidos tais conceitos, será feito um estudo em específico dos direitos sociais, com seu enquadramento dimensional e sua análise como sendo direito a uma prestação positiva por parte do Estado, momento a partir do qual se iniciará o estudo do direito à saúde no Brasil, seu conceito e a análise da Constituição da República de 1988 e das normas infraconstitucionais sobre o tema.

Ainda no capítulo inicial será feita uma abordagem quanto à eficácia das normas de direitos fundamentais sociais em sua dimensão prestacional, analisando o caráter programático ou não da norma insculpida no art. 196 da CR/88.

Para finalizar este primeiro capítulo, será feito um estudo sobre políticas públicas e seu conceito jurídico, bem como, de uma forma geral, sobre as normas orçamentárias aplicáveis ao gestor quando da implementação delas.

O segundo capítulo será destinado a analisar os argumentos defendidos por aqueles que entendem que não pode haver qualquer restrição ao exercício do direito à saúde, já que decorre de preceito da Constituição da República de 1988, insculpido no artigo 196 e seguintes, tratando-se de uma norma programática, mas de aplicação imediata, nos termos do §1º, do art. 5º, também do texto constitucional. Por se tratar de direito público subjetivo indisponível, deve ser assegurado à coletividade.

Analisar-se-á neste segundo capítulo o direito à saúde como meio de concretização do primado da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, abordando-se ainda sua interdependência com o direito à vida, previsto no *caput*, do art. 5º, da CR/88 e como meio de garantia de um mínimo básico de prestação material para que o indivíduo possa ter segurança social, ou seja, a garantia ao mínimo existencial.

As conquistas no campo do direito à saúde, a teor da evolução da jurisprudência e entendimentos já consolidados, não poderiam sofrer alterações de cunho restritivo, eis que passam a configurar verdadeiro direito subjetivo do cidadão, sob pena de incorrer em ofensa ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social. Será abordada a possibilidade de aplicação do citado princípio inclusive em relação às atividades administrativas de implementação de políticas públicas.

Ao final do segundo capítulo analisar-se-á a necessidade de aprimoramento da máquina administrativa, melhorando as ações e os serviços de saúde, de forma a garantir melhora na qualidade de vida das pessoas, tudo isso em respeito ao Princípio da Eficiência Administrativa previsto de forma expressa no art. 37, da CR/88, não prevalecendo o entendimento da restrição ao exercício do direito à saúde.

No terceiro capítulo será feita uma abordagem dos argumentos daqueles que entendem que o direito à saúde não poderia ser irrestrito, sob pena de comprometimento de todo o planejamento realizado pelo Poder Executivo, sendo necessário o estabelecimento de condicionantes, evitando o caos de todo o sistema.

Discutir-se-á as limitações orçamentárias do Poder Público, já que os recursos públicos são finitos e vinculados às atividades estabelecidas na Lei de Diretrizes

Orçamentárias – LDO, não possuindo o gestor público liberdade discricionária na aplicação deles. O não respeito pelas decisões judiciais à finitude dos recursos configura ofensa ao Princípio da Reserva do Possível, devendo este ser compreendido em sua dupla acepção: fática e jurídica.

Além disso, a excessiva judicialização da saúde e a ausência de critérios vêm dificultando a atuação dos administradores públicos que vêem seus orçamentos se esvaziarem com ordens judiciais que causam grande impacto financeiro, o que demanda remanejamento de recursos em detrimento de toda uma coletividade. Analisar-se-á, outrossim, o ativismo judicial como fator inclusive de criação de expectativas sociais, gerando o chamado “efeito dominó”, comprometendo ainda mais o já limitado orçamento.

Em seguida, conforme pensamento desta segunda corrente, será abordada a necessidade de respeito às listas administrativas desenvolvidas pelo Ministério da Saúde e que levam em conta estudos desenvolvidos para este *mister*, observadas, ainda, as listas de medicamentos aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que detém competência para a citada análise, sob pena de ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, previsto no artigo 2º, da Constituição da República de 1988, já que o Poder Judiciário estaria se imiscuindo em matéria de competência exclusiva do Poder Executivo, competência estabelecida por meio de lei.

Finalizando o terceiro capítulo, abordar-se-á a necessidade de uma ponderação pelos Magistrados quando da prolação de decisões que possam impactar diretamente no orçamento dos entes da Federação, ou que de alguma forma gere desestruturação ou tumulto às políticas existentes e em execução.

No quarto capítulo deste trabalho analisar-se-á como o tema “direito à saúde” e seu exercício vem sendo tratado nas últimas décadas pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, colacionando-se decisões para justificar cada uma dessas fases e, ao final, será feita uma análise dos Recursos Extraordinários nº. 566471 e 657718 – com repercussão geral sobre o tema e ainda pendente de julgamento –, analisando-se a perspectiva que o tema seguirá quando do julgamento definitivo.

Ao final apresentaremos as considerações finais sobre o tema que se propôs o estudo e as referências nele utilizadas.

Ademais, o presente estudo visa através de uma análise da legislação e doutrina (livros, revistas e artigos publicados), bem como julgados do Colendo Supremo Tribunal Federal – STF, apresentar os argumentos prós e contra o exercício irrestrito do direito à saúde, trazendo a atual concepção sobre ele.

Utilizou-se o método dedutivo para legislação e doutrina e o indutivo para os julgados e casos estudados, sendo que baseado em premissas doutrinárias e constitucionais buscar-se-á demonstrar de forma conclusiva a importância do tema em estudo para o desenvolvimento social, em específico das ações e serviços públicos de saúde.

1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou o fim de um período de supressão de vários direitos e garantias fundamentais – período da Ditadura Militar – momento a partir do qual o texto constitucional passou a abarcar uma gama de direitos e garantias fundamentais expressos e implícitos.

Como forma de balizar o presente estudo, parte-se da premissa de que os direitos fundamentais não se confundem com os direitos humanos no aspecto da formalidade, já que na essência ambos estão diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, que tem caráter universal:

Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.¹

Direitos humanos são definidos como aqueles direitos inerentes aos seres humanos pela razão de possuírem esse *status*. Já direitos fundamentais somente podem ser concebidos como tais quando positivados no âmbito do direito constitucional de um Estado:

Desse modo, os direitos humanos estão para a proteção universal do ser humano como direito à vida e liberdade. Os direitos fundamentais estão voltados para o direito interno positivado na forma de Constituição e devem ser garantidos pelo Estado de forma a assegurar os direitos fundamentais de todos os cidadãos.²

A partir das definições, fica evidente o aspecto da positivação como forma de diferenciação entre os institutos. Contudo, ainda pode ser apontada como diferença entre os mesmos o campo da eficácia, ou seja, a forma de recepção e o *status* jurídico em que a norma de direitos humanos não positivada é recebida pelo ordenamento de determinado Estado:

Cumprir lembrar, ainda, o fato de que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do *status* jurídico que esta lhes atribui, visto que, do contrário, lhes falta a necessária cogência.³

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 140.

² SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Direito à saúde e políticas públicas: do ressarcimento entre os gestores públicos e privados de saúde*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 93.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 34.

Os direitos fundamentais são definidos como os direitos inerentes aos indivíduos, direitos estes positivados no texto constitucional, impondo limites e obrigações ao Estado. Neste mesmo sentido são compreendidos como:

todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente integradas à Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na Constituição formal.⁴

Sob uma perspectiva histórica, verifica-se que os direitos fundamentais iniciaram o processo de concretização a partir da inversão da relação Estado/cidadão, passando este, antes, a ter direitos e depois deveres para com aquele:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.⁵

Os direitos fundamentais vêm sendo consolidados nos últimos séculos através de conquistas paulatinas e cumulativas, conforme as necessidades de cada momento histórico vivenciado, sendo, portanto, a historicidade uma de suas características.

Por possuírem fases bem distintas, de acordo com dado momento histórico, os direitos fundamentais a partir de seu reconhecimento nas Constituições dos Estados, são classificados em dimensões, terminologia atual e adotada no presente estudo:

Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculadas às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado Social e democrático [material] de Direito), [...].⁶

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 269.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2015, p. p. 136.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37.

Valendo-se dos ideais da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade –, a doutrina majoritária classificou os direitos fundamentais em três dimensões. Contudo, já se discute a existência dos direitos de quarta⁷ dimensão (direitos à informação e pluralismo) e de quinta dimensão (direito à paz e ao campo da cibernética e da tecnologia da informação e comunicação de dados⁸).

A primeira dimensão dos direitos fundamentais marca a ruptura do sistema autoritário e a necessidade de se respeitarem as liberdades individuais do cidadão, traduzindo o ideal francês “liberdade”:

Os chamados direitos humanos de primeira geração concernem à delimitação da esfera de liberdade do indivíduo em relação ao poder estatal. São as denominadas *liberdades públicas negativas* ou *direitos negativos*, na medida em que exigem por parte do poder público um comportamento apenas de salvaguarda em relação a tais interesses, sem qualquer interferência efetiva nesta esfera de domínio particular.⁹

Verifica-se, então, a necessidade de uma conduta de abstenção por parte do Estado de modo a não interferir na autonomia do indivíduo:

São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.¹⁰

Essa dimensão se refere aos direitos civis e políticos. Como exemplos de documentos históricos representativos desta primeira dimensão podem-se citar a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”, os Tratados de Paz de Augsburg de 1555 e de Westfália de 1648, o *Habeas Corpus* Act de 1679 subscrito por Carlos II e o *Bill of Rights* de 1689, promulgado pelo Parlamento e que entrou em vigor no reinado de Guilherme d’Orange, como resultado da denominada Revolução Gloriosa de 1688.

Contudo, após esta primeira conquista, a coletividade começou a perceber e exigir do Estado uma conduta positiva na efetivação de determinados direitos.

Aliada a tais necessidades, as condições subumanas dos trabalhadores europeus geravam insatisfações, sendo que a Revolução Industrial, a partir do século XIX, representou

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* – São Paulo, Malheiros, 2004, p. 571.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 264/265.

⁹ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

o momento histórico que conduziu à segunda dimensão dos direitos fundamentais. Nesta dimensão, percebeu-se a necessidade de respeito ao ideal francês “igualdade”:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.¹¹

Neste momento, temos o direito prestacional por parte do Estado, que age para atenuar desigualdades, ou seja, a igualdade deve assumir um viés material, e também pelo reconhecimento do chamado direito de liberdade social, no qual se inclui o direito de sindicalização e o direito à greve. Compreendem-se como direitos fundamentais de segunda dimensão os direitos sociais, culturais e econômicos.

Como destacado, apesar de ser característica principal o cunho prestacional, os direitos de segunda dimensão envolvem direitos ligados à liberdade individual da pessoa, não podendo ser confundido com os direitos da terceira dimensão.

São exemplos de documentos históricos desta segunda dimensão dos direitos fundamentais, as Constituições do México de 1917 e a de Weimar, de 1919, na Alemanha:

Já a segunda geração de direitos engloba todo o período das revoluções socialistas e nacionalistas – ou seja, grande parte do século XIX e o início do século XX. Aqui são positivados os direitos econômicos, sociais e culturais, num enfoque de direitos coletivos, isto é, gozados de forma conjunta e não individualmente, na perspectiva da igualdade.¹²

Diante da alteração nas relações entre os povos, principalmente com a mudança nas relações econômico-sociais, uma das consequências do processo de globalização, passou-se a perceber a necessidade de se preservar a coletividade, ultrapassando inclusive as fronteiras dos Estados.

Nesse ponto, sob o fundamento francês “fraternidade”, adentra-se na fase dos direitos de solidariedade, passando-se à terceira dimensão dos direitos fundamentais: “A terceira geração emerge a partir do término da Segunda Guerra Mundial e da criação da ONU,

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

¹² SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

reunindo os chamados direitos de solidariedade – os chamados direitos dos povos e dos indivíduos, numa perspectiva difusa”.¹³

São os chamados direitos transindividuais, que ultrapassam a esfera do indivíduo e interessam à toda coletividade:

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.¹⁴

Citam-se os direitos ao meio ambiente, ao desenvolvimento, direito do consumidor e direito à paz, que interessam a coletividade, ultrapassando, inclusive, limites territoriais:

Assim, os direitos de solidariedade expressam-se como direito à paz, meio ambiente sadio, autodeterminação dos povos e desenvolvimento econômico. Em um mundo globalizado e em um contexto econômico de capitalismo avançado há um número cada vez maior de situações e condutas humanas que exigem do Estado ações de proteção e de prestação, inclusive de complementariedade.¹⁵

Analisadas as dimensões dos direitos fundamentais, conforme corrente majoritária, é preciso se analisar as principais características dos direitos fundamentais.

A universalidade e a historicidade são características principais dos direitos fundamentais.

Por universalidade deve-se compreender que os direitos fundamentais aplicam-se a todas as pessoas pelo fato de serem pessoas, o que não significa a impossibilidade absoluta de distinções previstas no texto Constitucional:

De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como se dá conta a distinção entre brasileiro nato e naturalizado, algumas distinções relativas aos estrangeiros, entre outras.¹⁶

¹³ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 49.

¹⁵ NASPOLINI, Samyra Haidêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladimir Oliveira. *O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: Tendências da Corte Europeia*. Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPDir/UFRGS, Porto Alegre, Volume XI, n. 1, 2016, p. 83. Disponível em: <<https://doi.org/10.22456/2317-8558.62292>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹⁶ Op. cit., p. 210.

Por historicidade deve-se compreender o caráter histórico dos direitos fundamentais, ou seja, acompanha-se a evolução e as necessidades da humanidade em determinado período da história: “O recurso à história mostra-se indispensável para que, à vista da gênese e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, cada um deles se torne mais bem compreendido”.¹⁷

Destaca-se que direitos fundamentais em determinado período da história podem não representar a mesma importância em outro momento, o que ratifica o caráter de constante evolução dos mesmos:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹⁸

Os direitos fundamentais ainda apresentam como característica a inalienabilidade/indisponibilidade, eis que ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo, em regra, possível a sua disposição e nem mesmo a renúncia: “Apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis”.¹⁹

A Constituição da República de 1988 prevê hipóteses em que existe restrição ao exercício de direitos fundamentais, visando a um fim maior também previsto na ordem constitucional, não havendo, assim, em se falar em um direito absoluto em detrimento dos demais. Tome-se como exemplo o direito à vida, concebido como o mais fundamental dos direitos, que pode ser relativizado em período de guerra, a teor do disposto no artigo 5º, XLVII, alínea “a” da CR/88.

No sistema constitucional nacional os direitos fundamentais são assim considerados por, ao mesmo tempo, possuir uma dupla fundamentalidade: a formal e a material.

A fundamentalidade formal refere-se às garantias previstas no próprio sistema constitucional positivo para preservação dos direitos fundamentais, incluindo-os no topo do

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 144.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

¹⁹ Op. cit., p. 146.

sistema, preservando-lhes de eventuais modificações legislativas e impondo a aplicação de forma imediata:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, no sentido de um regime jurídico definido a partir da própria constituição, seja de forma expressa, seja de forma implícita, e composto, em especial, pelos seguintes elementos: (a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; (b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidas aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusula pétrea) da reforma constitucional (art. 60 da CF), [...]; (c) além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art. 5º, §1º, da CF), [...].²⁰

A fundamentalidade material refere-se à ligação da norma de direito fundamental com a essência da Constituição da República, correspondente aos valores previstos como fundamentos do texto constitucional:

*A fundamentalidade material (ou em sentido material), por sua vez, implica análise do conteúdo dos direitos, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.*²¹

Logo, compreendida a dupla fundamentalidade como forma de maior eficácia das normas de direitos fundamentais, outro fenômeno importante a se analisar no presente momento se refere à colisão entre os direitos fundamentais.

Esta colisão ser compreendida de forma estrita, ou seja, entre os próprios direitos fundamentais, ou ampla, entre direitos fundamentais e outras normas ou princípios do texto constitucional:

O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estreitamente, então são exclusivamente colisões, nas quais somente direitos fundamentais tomam parte, colisão de direito fundamentais. Pode-se falar, aqui, de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com algumas normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 267.

²¹ Op. cit., p. 267/268.

direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo.²²

A primeira forma acontece quando para realização ou efetivação do direito fundamental de um indivíduo se ocasionar uma restrição aos direitos fundamentais de outro indivíduo. A em sentido amplo ocorre quando os direitos fundamentais de um indivíduo quando realizados acabam por conflitar com bens coletivos, devendo assim ser limitados. Ou seja, fala-se solução de colisão quando houver limitação dos direitos individuais.

Diante de uma colisão de direitos fundamentais não há a possibilidade de utilização da técnica da subsunção, já que diante o princípio da unidade da constituição, não há o que falar em hierarquia entre as normas, devendo assim ser utilizado o critério da ponderação:

Ocorre que as constituições contemporâneas abrigam em seu texto inúmeros princípios os quais são incompatíveis entre si, e exatamente porque são cooriginários, possuem a mesma hierarquia e estão no mesmo grau de abstração, tais colisões não podem ser resolvidas com recurso aos critérios clássicos [...]. O método para resolver tais entraves é o da ponderação de princípios, segundo o qual cabe ao intérprete *sopesar* entre as obrigações jurídicas que os princípios reclamam e, fundamentalmente, optar pela aplicação de um deles no caso concreto.²³

A ponderação se dará com base em três etapas: identificação das normas que se sobressaem para a solução do conflito, identificando assim o conflito entre elas; análise dos fatos referentes ao caso concreto e ligação dos mesmos com as normas aptas à solução do caso; por fim, atribuição de peso aos elementos componentes da lide, determinado qual deve preponderar no caso.

As ponderações, assim, serão analisadas no caso concreto, respeitando-se os preceitos constitucionais e o princípio da proporcionalidade (utilizado na terceira etapa), chegando-se à conclusão que melhor se adéque ao espírito da Constituição da República:

A ponderação, como estabelecida acima, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer *concessões recíprocas* entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer

²² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 56/57.

²³ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito* – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127.

escolhas, determinando, *in concreto*, o princípio ou direito que irá prevalecer.²⁴

Analisados o conceito, as dimensões, as principais características destes direitos e o fenômeno da colisão dos mesmos, importante se fazer um estudo específico dos direitos fundamentais sociais.

1.1 – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Como já mencionado, os direitos sociais fundamentais surgem num contexto histórico de desigualdade social e econômica, momento em que se verifica a necessidade da busca de uma igualdade material através de uma atuação positiva por parte do Estado visando dirimir a disparidade existente.

A constitucionalização destes novos direitos que visavam garantir uma igualdade conduziu a uma passagem do chamado Estado Liberal para o Estado Social de Direito: “O Constitucionalismo Social surge com a incorporação dos direitos sociais e econômicos às Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, marcando o advento do Estado Social de Direito”.²⁵

Neste modelo de Estado, abandona-se a perspectiva abstencionista, passando-se a atuar positivamente como forma de se atingir a justiça social. Contudo, o desenvolvimento dos direitos sociais deve se fundamentar no respeito aos direitos individuais, não podendo se afastar de tal premissa:

Enfatize-se, contudo, que o enfoque nesses textos é ainda predominantemente o de garantir ao indivíduo determinados direitos, considerados necessários para a plena expansão de suas virtualidades e, especialmente, para que possa realmente gozar das liberdades públicas e adequadamente participar do exercício do poder.²⁶

No Brasil, analisando os textos constitucionais anteriores à Constituição da República de 1988, a Constituição de 1934, sem deixar de considerar alguns avanços existentes na Constituição de 1824, representou um novo capítulo no que pertine aos direitos sociais:

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo* – 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 377.

²⁵ PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos*. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 22.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 385.

No constitucionalismo pátrio, em que pese uma tímida previsão de direitos a prestações sociais na Constituição de 1824, foi a Carta de 1934, inspirada, principalmente, nas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), que inaugurou a fase do constitucionalismo social no Brasil, passando a integrar os direitos fundamentais da segunda dimensão ao nosso direito constitucional positivo.²⁷

A CR/88 trouxe uma gama de direitos de segunda dimensão, num capítulo específico, sem desconsiderar a existência de outros espalhados pelo texto constitucional, conduzindo a uma atuação positiva por parte do Estado na consecução deles:

Os direitos a prestações encontram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, verifica-se que mesmo em outras partes do texto constitucional encontra-se uma variada gama de direitos a prestações.²⁸

Diante da natureza prestacional, conceituam-se os direitos sociais como direitos à prestação, ou seja, compete ao Estado disponibilizar meios materiais necessários – conduta positiva estatal – que permitam ao indivíduo o gozo dos direitos fundamentais sociais positivados.

Neste sentido:

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetiva, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.²⁹

A doutrina germânica utiliza os termos “direitos de participação” ou “direitos de cota-parte” para se referir aos direitos a prestações. Contudo, correntemente, a doutrina pátria utiliza a terminologia direito a prestações: “De acordo com a opção classificatória por nós

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 185.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 639.

²⁹ Op. cit., p. 184/185.

efetuada, convencionamos adotar a terminologia mais habitual, inclusive entre nós, de direitos a prestações”.³⁰

Os direitos à prestação podem ser classificados em sentido amplo e em sentido estrito. Os primeiros se referem a todos os direitos de natureza prestacional (direitos de proteção e direitos de participação na organização e procedimentos) que não se incluem como direitos de defesa, estes vinculados aos direitos de primeira dimensão. Em sentido estrito referem-se às próprias prestações fáticas que podem ser prestadas não somente pelo Estado, mas também pelo particular (direitos às prestações materiais sociais). É o denominado *status positivus socialis*.³¹

Não se pode esquecer que os direitos sociais ainda podem ser concebidos como direitos de defesa na medida em que diversos direitos, como, por exemplo, os elencados no artigo 7º da Constituição da República, visam a uma igualdade (trabalhador empregado e trabalhador avulso) ou mesmo uma liberdade do trabalhador (sindicalização e greve):

Especificamente, no que concerne aos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, impõe-se aqui ao menos uma breve referência ao fato de que o conceito de direitos fundamentais sociais no direito constitucional pátrio é um conceito amplo, incluindo tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais (direito à saúde, educação, assistência social, etc.), quanto uma gama diversa de direitos de defesa, sem que se vá nesse momento (ainda) adentrar os diversos aspectos que envolvem essa concepção, de modo especial no que diz com as diferenças entre os direitos sociais a prestações e os de defesa, há que apontar alguns exemplos. [...]³²

Analisados os direitos fundamentais sociais enquanto direitos à prestação e direitos de defesa, importante se destacar que não podemos simplesmente relacionar estes direitos como sendo políticas públicas.

Estas possuem um caráter de generalidade e que demandam um planejamento estatal. Além disso, há direitos sociais de cunho negativo e outros que são voltados aos particulares:

Por outro lado – e nisso reside a nossa principal objeção aqui sustentada – a afirmação de que os direitos fundamentais sociais nada mais são do que políticas públicas (que eles certamente também são, como importa reconhecer), acaba por desconsiderar que há direitos sociais cujo objeto também consiste em abstenções por parte do destinatário, isto sem falar na circunstância de que existem direitos sociais a prestações cujo destinatário é entidade privada ou até mesmo uma pessoa física, como ocorre com os

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 184/185.

³¹ Op. cit., p. 198.

³² Ibidem, p. 173/174.

direitos dos trabalhadores, como bem atesta o direito ao salário mínimo e outras prestações materiais.³³

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nos apresentou o mais amplo rol de direitos sociais desde a Constituição de 1934, primeira a introduzir em seu texto de forma expressa os direitos sociais.

Direitos sociais são direitos fundamentais enquadrados como liberdades positivas que demandam do Estado uma atuação positiva voltada à satisfação das demandas constitucionalmente asseguradas ao indivíduo.

Neste mesmo sentido:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo artigo 1º, IV da Constituição Federal.³⁴

Eles foram alçados à condição de direitos e garantias constitucionais, sendo que o artigo 6º da Constituição vigente elenca rol de direitos sociais, entre eles o direito à moradia, direito à educação, direito à saúde, sendo este tratado de forma direta e expressa pela primeira vez:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.³⁵

Não há mais questionamento sobre terem sido os direitos sociais alçados à categoria de direitos fundamentais, gozando de uma maior proteção e obrigando-se uma resposta estatal mais eficaz no seu atendimento.

Nos últimos anos, o direito social à saúde tem tido especial atenção da mídia, diante da veiculação da evolução da medicina, com todos os novos medicamentos e tratamentos e todas as necessidades da população diretamente interessada que vem sendo submetidas à análise do Poder Judiciário. Não se quer dizer que os demais direitos sociais não gozam desta

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 205/206.

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* – 30. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 203.

³⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

mesma importância, mas por estar diretamente ligado ao direito à vida, o direito à saúde foi alçado a um patamar superior de atenção.

1.1.1 – Direito à saúde

Do ponto de vista histórico, a Constituição da República de 1988 foi a primeira a classificar o direito à saúde como direito fundamental, tratando especificamente sobre o tema, sendo que nas Constituições anteriores o direito à saúde somente era referenciado quando da divisão de competências entre os entes da federação, motivo pelo qual somente após a promulgação da Constituição vigente é que o tema começou a ser estudado de uma forma mais abrangente e pormenorizada.

Como direito social, o direito à saúde, compreendido como direito de 2ª dimensão, encontra previsão no artigo 6º da Constituição da República, sendo tratado de forma expressa e mais detalhada no artigo 196 e seguintes do mesmo diploma:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção.³⁶

Como forma de regular a matéria, o direito à saúde é disciplinado no âmbito infraconstitucional pela Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Necessário se destacar que o conceito de saúde não se restringe à ausência de doenças, sendo o conceito muito mais amplo, a teor do disposto no § único do artigo 3º da lei federal acima citada:

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.³⁷

O bem-estar físico, mental e social define o conceito de saúde em sua real amplitude, sendo este o direito à saúde protegido pela norma constitucional. Através de políticas públicas

³⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³⁷ BRASIL, Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990.

não somente da área da saúde, como, também, saneamento básico, o poder público consegue dar concretude ao preceito previsto na Constituição da República.

O artigo 2º da Lei nº. 8.080/90 complementa e corrobora o disposto no texto constitucional, ressaltando o dever do estado na formulação de políticas públicas sobre o tema:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.³⁸

Ressalta-se que o direito à saúde é dever do Estado *lato sensu*, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, podendo o cidadão demandar em face de qualquer destes órgãos, sendo ainda dever destes entes a formulação de políticas públicas:

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, a promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no art. 196. Essa é uma atribuição comum dos entes da federação, consoante art. 23, II, da Constituição.³⁹

O artigo 4º do diploma infraconstitucional dispõe ainda que o Sistema Único de Saúde é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, através de uma rede regionalizada e hierarquizada:

Ao criar o SUS, o constituinte originário rompeu com a tradição até então existente e adotou uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, como forma de melhor concretizar esse direito social.⁴⁰

Necessário frisar que nos termos do artigo 31 da Lei nº. 8.080/90, o orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, o que deve ser interpretado em consonância com os preceitos da Constituição da República. Existe, assim, uma

³⁸ BRASIL, Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 661.

⁴⁰ Op. cit., p. 663.

descentralização do financiamento como forma de se permitir o atendimento das peculiaridades de cada região:

Um dos pontos basilares do SUS é sua descentralização, por entender-se que, com essa, aspectos regionais de cada região, em um país marcado pela heterogeneidade, seriam preservados. Nesse aspecto, a importância da municipalização do financiamento e uma consequente diminuição centralizadora tornam-se relevantes.⁴¹

Importante ainda destacar no âmbito da legislação infraconstitucional os termos da Lei nº. 8.142 de 28 de dezembro de 1990, que além de regular as transferências de recursos entre os entes governamentais ainda dispôs de maneira expressa a participação popular na gestão do Sistema Único de Saúde, através de dois importantes mecanismos: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde.

Corroborando a importância do tema e com o permissivo do artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988, o direito à saúde ainda encontra previsão nos tratados sobre direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil, a teor dos exemplos que seguirão.

A Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispondo sobre o direito à saúde, especificamente no artigo XXV – 1: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.⁴²

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi promulgada pelo Decreto nº. 678 de 06 de novembro de 1992 que prevê em seu artigo 26 o desenvolvimento progressivo na plena efetividade dos direitos sociais, nos quais se incluem o direito à saúde:

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação,

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 663.

⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal dos direitos humanos*. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/porta-legal/legislacao-por-assunto-OLD/direitos-humanos-e-cidadania-teste/tratados-internacionais-teste>>. Acesso em: 10 agô. 2018.

ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.⁴³

Salienta-se que o direito à saúde está diretamente vinculado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, núcleo da Constituição da República de 1988, previsto expressamente no artigo 1º, III, como fundamento da República Federativa do Brasil, e é consequência indissociável do direito à vida, previsto no artigo 5º, *caput*, desta, já que o direito à vida compreende o direito a uma vida saudável.

Analisado o direito à saúde à luz da Constituição Federal, leis infraconstitucionais e tratados internacionais que versam sobre a matéria, importante se analisar o plano da eficácia das normas de direitos fundamentais, em especial sua dimensão prestacional, já que se trata de direito de segunda dimensão.

1.1.2. Eficácia das Normas de Direitos Fundamentais Sociais em sua Dimensão Prestacional

Antes da análise da eficácia das normas de direito fundamentais sociais em sua dimensão prestacional, necessário se destacar que no atual constitucionalismo, todas as normas constitucionais possuem eficácia e aplicabilidade, variando-se tão somente a sua densidade normativa: “Para o constitucionalismo atual, todas as normas constitucionais são executáveis por si mesmas, até onde possam sê-lo”.⁴⁴

Além disso, as normas de direitos sociais, como direitos fundamentais que são, possuem aplicação imediata, nos termos do §1º do artigo 5º da CR/88, tema que será aprofundado em momento oportuno neste estudo.

O tema “eficácia das normas de direitos sociais em sua dimensão prestacional” suscita grandes celeumas, todas debatidas pela doutrina nacional. O direito social à saúde, foco de nossa análise, é enquadrado como sendo um direito social prestacional em sentido estrito, demandando assim uma prestação material por parte do Estado e no tocante à sua eficácia, poder-se-ia incluí-lo como sendo uma norma constitucional de cunho programático, já que dita um fim a ser alcançado pelo Estado:

⁴³ BRASIL, Decreto nº. 678 de 06 de novembro de 1992.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 69.

Com efeito, partindo-se de uma concepção ampla de direitos fundamentais (como adotada nesta obra, a partir das premissas enunciadas por Robert Alexy, que fala em um direito fundamental como um todo) não há qualquer incompatibilidade em se reconhecer, a partir de uma disposição (ou um conjunto de disposições) jusfundamentais, princípios programáticos (impositivos), que, em função de suas características, não terão a mesma eficácia que os direitos fundamentais considerados como direitos subjetivos.⁴⁵

Logo, pelo fato do artigo 196 da Constituição da República de 1988 enunciar como dever (objetivo, programa, fim) do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, o direito à saúde, não há razão para não o incluir como sendo norma de caráter programático:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.⁴⁶

Ante a importância do tema, não se pode, contudo, negar que apesar de sua baixa densidade normativa, as mesmas se encontram aptas a gerarem efeitos jurídicos com base na própria norma constitucional e sem que haja uma prévia manifestação do poder legiferante na regulamentação da mesma.

Não se trata de norma puramente ideológica ou política, eis que assim negar-se-ia a própria concepção de normas programáticas:

Importa ressaltar, ainda que, ao utilizarmos a expressão genérica escolhida (normas de cunho programático), o fazemos convictos de que também estas normas são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas. Com efeito, já se assinalou alhures que todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico.⁴⁷

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 294.

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes, AgR. no Agravo de Instrumento n.º 550.530, 2ª Turma, DJ: 26-06-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

⁴⁷ Op. cit., p. 292.

E pelo fato de as normas gerarem efeitos, ao Estado, diante de uma norma programática que prevê uma política pública, compete adotar medidas para o desenvolvimento do direito social garantido, buscando meios disponíveis para tal:

A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se apenas (se é que tal argumento pode assumir feição absoluta) pela circunstância – já referida – de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômicas.⁴⁸

Não se pode esquecer que o legislador ao regular o disposto na norma constitucional não pode se afastar da intenção preestabelecida pela norma, mesmo que haja grande possibilidade de conformação da mesma.

Tal situação se estende ao Poder Judiciário quando da aplicação da norma ao caso concreto posto a juízo:

Já verificamos que as normas programáticas condicionam a atividade discricionária da Administração, bem como a atividade jurisdicional. Essas atividades não podem desenvolver-se contra os fins e objetivos postos pelas normas constitucionais programáticas. Se isso ocorrer, manifesta-se um comportamento inconstitucional e o ato que daí deflui fica sujeito ao controle de constitucionalidade.⁴⁹

O direito à saúde na Constituição da República de 1988 foi positivado como sendo uma norma programática e de cunho prestacional. Contudo, tal natureza jurídica não tem o condão de impedir o Poder Judiciário de reconhecer o direito à saúde como sendo um direito público subjetivo a essa prestação material.

Contudo, o Estado, na acepção ampla do termo, refuta a forma irrestrita como a norma vem sendo concebida e aplicada pelo Poder Judiciário, conforme será abordado, adiante, em tópico próprio.

1.2 – POLÍTICAS PÚBLICAS

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 293.

⁴⁹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 175.

A Constituição de 1988, em especial quanto ao direito à saúde, representou um novo marco, demandando do Estado uma postura ativa na consecução dos seus fins, abandonando a figura absenteísta do modelo do Estado liberal.

Houve, assim, a necessidade de desenvolvimento de programas políticos pelo Estado visando dar concretude aos direitos garantidos pela Constituição da República:

A percepção dessa evolução evidencia que a fruição dos direitos humanos é uma questão complexa, que vem demandando um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social, criando modos de institucionalização das relações sociais que neutralizem a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana.⁵⁰

É importante frisar que política pública, antes de ser um programa de governo, pode ser concebida como uma escolha do poder legislativo, em seu aspecto de discricionariedade:

O tema relaciona-se com a discricionariedade, seja na escolha do interesse público a atender, dentre os vários agasalhados pelo ordenamento jurídico, seja na escolha das prioridades e dos meios de execução. E aqui não se fala apenas da discricionariedade da Administração Pública. Fala-se, muitas vezes, até com maior razão, na própria discricionariedade do legislador ao definir políticas públicas com base em metas maiores postas pela Constituição.⁵¹

Não se discute, também, o caráter de discricionariedade do Poder Público quando da execução das políticas públicas, eis que fundado na legitimidade conseguida quando da eleição do gestor para o cargo ocupado através do voto popular, gestor este que representa a vontade do eleitor. Contudo, não pode o administrador público se afastar dos princípios que regem a administração pública previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988:

Dita margem de discricionariedade administrativa no trato das políticas públicas, contudo, pauta-se, a toda evidência, nos princípios próprios da Administração Pública, dentre os quais aquele mais sensível no que tange à definição de planos, metas e programas, um postulado presente desde a concepção até a efetivação, a entrega do direito à sociedade: a *eficiência*.⁵²

⁵⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 04.

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos*. 28 de mai. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 13 mar. 2018.

⁵² SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 61/62.

De uma forma objetiva, as políticas públicas podem ser concebidas “como programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados”.⁵³ Aprofundando-se no conceito:

A implementação concreta dos direitos fundamentais depende de uma coordenada atuação estatal. Ao conjunto dessas ações, levadas planejadamente a efeito pelo Poder Público com vistas a cumprir esse seu papel constitucional e institucional, pode se denominar *políticas públicas*.⁵⁴

Tais conceitos se coadunam principalmente com o disposto na Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui as normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes públicos através da qual em seu artigo 2º, ao tratar da lei do orçamento, dispõe que esta ao discriminar as receitas e despesas deve evidenciar o programa de trabalho do governo.

Esse programa desenvolvido pelo Estado pode se dar de modo direto ou indireto, com a participação da sociedade (como, por exemplo, os conselhos de saúde) ou de entes privados, buscando sempre ao final assegurar a eficácia dos direitos sociais constitucionalmente garantidos:

A participação democrática dos cidadãos nos processos que levam às decisões estatais de saúde tomadas pelas autoridades do Poder Executivo é um elemento orgânico e integrante do próprio conceito de direito à saúde. A participação democrática, ativa e consciente do cidadão deve estar presente [...] na formulação de políticas públicas de saúde [...].⁵⁵

A Constituição de 1988, ao tratar do orçamento público, ainda enfatiza, quando trata do plano plurianual, que este estabelecerá as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e para as relativas aos programas de duração continuada. Ainda, como forma de dar concretude a esse programa geral, dispõe sobre a lei de diretrizes orçamentárias. É o que pode ser verificado quando da análise do §2º, do artigo 165, do diploma constitucional:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
[...]

⁵³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11.

⁵⁴ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 58.

⁵⁵ AITH, Fernando Mussa Abujamra. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos. Novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 124.

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.⁵⁶

Pela previsão expressa em lei e pelo fato de a administração pública ser regida pelo Princípio da Legalidade, a teor do *caput*, do artigo 37, da Constituição cidadã, não pode o administrador se afastar das determinações contidas nos regramentos, inclusive pelo fato de incorrer nas vedações constantes no artigo 167 do mesmo diploma:

A Carta proíbe, ainda, com clareza lapidar, a assunção de despesas não previstas nas leis orçamentárias, ou a realização de programas ou projetos nelas não contemplados. Na verdade, o art. 167 da Constituição elenca um rol de proibições que convergem para a proteção de uma única situação: a insolvência. O cuidado que se verifica, ali, é o impedimento de perda de dinheiro público ou custeio de situações inesperadas ou, antes, não programadas e planejadas, caso da maioria das decisões judiciais ligadas a políticas públicas.⁵⁷

No tocante ao tema central em discussão, o artigo 196, que define o direito à saúde, analisado juntamente com o artigo 198 e seguintes, todos da Constituição da República, definem e estruturam os programas do Estado voltados à área:

Mas mais importante que essa definição é a própria estruturação das prestações estatais em matéria de saúde, que a Constituição Federal ordenou, de forma inédita, no Sistema Único de Saúde. Resultante de um aprimoramento de modelos anteriores à Constituição de 1988, a partir da evolução das primeiras propostas técnicas, mas, mais importante, agregando a mobilização política e social do movimento pela democratização da saúde, o SUS é inscrito nos arts. 198 a 200 da Constituição, com vistas a alcançar o nível máximo de garantia proporcionado pelo sistema jurídico.⁵⁸

Verifica-se que no caso da saúde há regramento constitucional a definir os meios para se atingir o interesse público, promovendo e protegendo a dignidade da pessoa humana.

Não se desconsidera que o sistema é complementado pelas regras estabelecidas pela legislação infraconstitucional, a teor da Lei nº. 8.080/90, e pelos demais instrumentos normativos que regem a matéria, em especial pela Emenda Constitucional nº. 95 de 15 de dezembro de 2016 que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias instituindo

⁵⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵⁷ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 71/72.

⁵⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

o Novo Regime Fiscal, motivo inclusive de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal ante os impactos no setor da saúde quanto à forma de financiamento.

Analisando-se a questão da saúde, pode-se verificar que o administrador, nos termos da lei, elabora seu programa vinculado à saúde (política pública de saúde) e consigna orçamento específico (receitas) que são afetadas para a execução das ações dirigidas à promoção do direito à saúde (despesas). Temos, assim, o chamado orçamento-programa.

O orçamento-programa visa vincular a atuação do administrador público que não dispõe de discricionariedade ilimitada na concretização das leis orçamentárias aprovadas pelo Poder Legislativo:

A noção de *orçamento-programa* é a de que as leis orçamentárias consistem, a um só tempo, em autênticos veículos de expressão do que foi escolhido como prioridade pelos poderes políticos em termos de efetivação de direitos e guias-mestras para o planejamento de políticas públicas. As leis orçamentárias, assim, possuiriam notável força, não podendo ser objeto de alteração por simples atos da Administração. A expressão *orçamento-programa* foi consagrada pelo Decreto-Lei 200/67, que, em seu art. 16, deixa clara a respectiva serventia como “(...) roteiro à execução coordenada do programa anual”.⁵⁹

Contudo, tema tormentoso e que se liga ao presente tópico, refere-se ao ativismo judicial diante da judicialização das políticas públicas. A postura ativa do Poder Judiciário na consecução dos fins estabelecidos pelo texto constitucional pode por vezes impactar no planejamento aprovado.

A priori, competiria ao Poder Judiciário verificar se o Estado vem atendendo os ditames constitucionais através das políticas públicas existentes. Ocorre que, muitas das vezes, as decisões judiciais compelem o administrador público a deslocar recursos afetados a determinada ação para o atendimento de uma situação individual específica, não prevista na política pública implementada, jogando por terra, muitas vezes, todo o planejamento elaborado:

Basicamente, a concretização de políticas públicas deve considerar que os recursos para tanto são limitados. Por isso, elas devem ser planejadas e programadas, a fim de *racionalizar sua implementação*, de forma a torná-las *tanto eficazes quanto possível*. [...]. Daí que, *a priori*, qualquer ingerência

⁵⁹ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 75.

inesperada no orçamento pode desajustar, deveras, as políticas públicas planejadas e programadas.⁶⁰

Analisados, assim, os conceitos basilares para compreensão do que se pretende estudar, adentra-se na análise em específico sobre o caráter irrestrito do direito à saúde, sendo após, apresentado o contraponto da possibilidade de condicionantes ao exercício deste mesmo direito.

⁶⁰ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 78/79.

2 – ACESSO IRRESTRITO AO DIREITO À SAÚDE

Desde a promulgação da Constituição da República de 1988 vem se firmando corrente no sentido de se considerar o direito à saúde um direito público subjetivo assegurado a todos os indivíduos, não podendo o poder público se omitir perante as expectativas nele depositadas:

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.⁶¹

Com fundamento nos termos do artigo 196 da Constituição da República se posicionam no sentido de que a norma prevê um direito e um dever: direito de todo cidadão às políticas públicas de saúde e dever do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir a efetivação deste direito, através da redução de riscos e de outros agravos:

De fato, a Constituição Federal de 1988 encampou um dos mais audaciosos planos de inclusão social jamais visto em todo o mundo: ela proclamou ser a saúde um direito de todos, direito social a que os mais avançados ordenamentos consagradores de direitos humanos ao redor do globo conferiam a qualidade de intangibilidade, posto ser ele fundamental. Determinou mais: é dever do Estado assegurar a observância desse direito, via adoção de políticas que tenham por fim promover o acesso *universal e igualitário* aos serviços de saúde. [...].⁶²

O artigo consagrou a regra de que qualquer cidadão tem direito público subjetivo às políticas públicas de saúde, ao mesmo tempo em que o Estado tem o dever de desenvolver e prestar efetivamente essas políticas.

O dever estatal ainda pode ser considerado tanto em relação ao ser humano individualmente considerado, bem como na perspectiva coletiva, ou seja, ações voltadas a

⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello, AGRG. no Recurso Extraordinário n. 271.286-8 Rio Grande do Sul, DJ. 24/11/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁶² SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 152.

toda a coletividade: “É possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde”.⁶³

Tal corrente não aceita a possibilidade de relativização do direito à saúde, nem mesmo a criação de embaraços administrativos ou financeiros como meio de impedir o acesso do cidadão a essas políticas públicas: “O direito à saúde, como está assegurado na Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzir, em si, o direito ou de dificultar o acesso a ele”.⁶⁴

Além disso, o direito à saúde é concebido como um imperativo à prestações positivas por parte do Estado, devendo este se organizar sistemicamente, buscando meios de financiamento suficientes e progressivos como forma de efetivação do direito, conforme exposto no artigo 198 da CR/88:

Art. 198. 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:

[...]

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.⁶⁵

O Estado não pode, amparado na discricionariedade administrativa, alegar restrição orçamentária como forma de negar acesso ao direito à saúde, já que se trata de direito fundamental, que visa assegurar uma vida digna ao indivíduo, garantindo-se o mínimo existencial.

Por se tratar a efetivação do direito à saúde de um dever de cunho jurídico, individual ou coletivamente considerado, o Estado, caso se quede inerte na consecução dos fins determinados no texto constitucional, acaba por dar azo ao controle jurisdicional:

O direito à saúde, na condição de direito subjetivo, assume uma dupla dimensão individual e coletiva (transindividual), cabível, portanto, sua tutela jurisdicional, inclusive mediante ação proposta pelo Ministério Público (cuidando-se de direito individual indisponível).⁶⁶

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 660.

⁶⁴ PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos: a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005, p.96.

⁶⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 333.

E tal se justifica pelo fato de que nos atos administrativos há uma liberdade de ação ao gestor público, que pode inclusive, por motivos escusos, agir em desvio de finalidade visando a não efetivação de determinado direito previsto no texto constitucional ou mesmo uma efetivação “mascarada” que não atenda aos anseios sociais.

Como forma de fundamentar o direito irrestrito à saúde, esta corrente ainda destaca que o direito à saúde não encontra previsão somente no texto constitucional e legislação infraconstitucional, sendo que nos termos do artigo 5º, §2º da Constituição da República, os direitos expressos nesta não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que seja parte.

Como forma de melhor compreensão do ponto de vista defendido pela corrente que entende pelo direito irrestrito à saúde, analisar-se-á de forma detalhada os principais fundamentos que embasam essa corrente, bem como será feita uma abordagem da necessidade de se repensar a máquina administrativa no sentido de se conseguir entregar ao indivíduo cada vez mais ações e serviços públicos de saúde sem que isto represente o aumento indiscriminado de gastos de recursos públicos.

2.1 – APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS SOBRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República de 1988 trouxe em seu artigo 5º, §1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁶⁷, tratando-se de um mandado de otimização que impõe a observância pelo Estado de maior eficácia aos direitos fundamentais:

[...], somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocadamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan.⁶⁸

⁶⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 270.

A norma, apesar de disposta no artigo 5º que versa sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, irradia seus efeitos por todo o texto constitucional, inclusive em relação aos direitos sociais.

Dúvidas não há, como alhures exposto, de que os direitos sociais estão enquadrados como sendo direitos fundamentais de segunda dimensão, compreendidos como liberdades positivas. No tocante à sua natureza jurídica, mesmo tratando-se de normas programáticas de caráter prestacional, há o entendimento de que possuem eficácia e podem ser imediatamente aplicados:

De outra parte, como é amplamente reconhecido e já foi objeto de consideração no capítulo sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, mesmo normas de cunho impositivo, que impõe programas de ação, fins e tarefas aos poderes públicos, não deixam de ter por isso eficácia jurídica e, na medida de sua eficácia, alguma possibilidade de aplicação (portanto, aplicabilidade), [...] ⁶⁹

Nota-se que, no caso de direitos fundamentais previstos em normas constitucionais, como o direito à saúde, inclusive regulamentado por leis ordinárias, não há como não se reconhecer a possibilidade de sua imediata aplicabilidade, mesmo se tratando, conforme posição majoritária, de uma norma de cunho programático:

Em termos pragmáticos, o que importa destacar, nesse contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa. ⁷⁰

Nos dias atuais, não há razão para a distinção quanto à aplicabilidade entre os direitos fundamentais de primeira dimensão e aqueles de segunda dimensão, sendo a possibilidade de judicialização característica comum a ambos:

De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a torna-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma. ⁷¹

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 314.

⁷⁰ Op. cit., p. 316.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* - São Paulo: Malheiros, 2004, p. 565.

A judicialização decorre da necessidade de se dar concretude aos preceitos dispostos na norma constitucional, valendo-se do disposto no artigo 5º, §1º da CR/88. O mandamento contido neste artigo de natureza principiológica impõe ao Estado o dever de extrair das normas a maior eficácia possível.

A norma inscrita no artigo 196 da Constituição da República, devidamente regulamentada pelo legislador infraconstitucional, apresenta densidade normativa alta, apesar de classificada como sendo uma norma programática, possuindo todos os elementos necessários que asseguram a sua imediata aplicabilidade aos casos postos em juízo.

2.2 – DIREITO À SAÚDE COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

As barbáries e atrocidades ocorridas durante as grandes guerras atingiram a comunidade mundial e conduziram à necessidade de se repensar a proteção dos direitos humanos, irradiando este novo pensamento a partir da dignidade da pessoa humana.

Os documentos históricos de direitos humanos passaram a prever a dignidade da pessoa humana como fundamento de proteção e marco de evolução dos direitos humanos, a teor da Declaração Universal dos Direitos dos Homens:

Apenas neste século e, ressalvada uma ou outra exceção, tão-somente a partir da Segunda Guerra Mundial, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições, de modo especial após ter sido consagrado pela Declaração Universal da ONU de 1948.⁷²

Os Estados passaram a prever em suas constituições a dignidade da pessoa humana como ponto fulcral na defesa dos direitos inerentes ao cidadão, iniciando-se a fase da constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, após um longo período de restrição dos direitos fundamentais, foi iniciado um processo de redemocratização que culminou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

A carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 96/97.

ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotados no Brasil.⁷³

Em seu texto, diante da necessidade de se impedir novas supressões aos direitos e garantias fundamentais, foi incluída a dignidade da pessoa humana como sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do que dispõe o art. 1º, inciso III da CR/88:

No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi eleita não como direito fundamental, em sentido normativo estrito. [...] Ele preferiu, na verdade, estabelecer a dignidade da pessoa humana como *fundamento* do Estado Democrático de Direito Republicano do Brasil. Posicionou um valor tão abstrato quanto a *dignidade* no patamar mais elevado do texto constitucional. Como *fundamento* do Estado, a vida humana digna está imune à discussão que tem por fim destacar quais são os direitos fundamentais. [...] A dignidade da pessoa humana, na verdade, é valor ético dotado de eficácia jurídico-normativa a ser estendido ao conteúdo de todos os direitos, muito além dos fundamentais. Então, os direitos fundamentais só podem ser vistos a partir de uma ótica: a da dignidade da pessoa humana.⁷⁴

Como fundamento da República, o primado da dignidade se irradia por todo o texto Constitucional, sem desconsiderar, ainda, previsão expressa em outros títulos do texto constitucional, a teor do disposto no artigo 170 que versa sobre a ordem econômica:

Não devemos esquecer que a dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art. 1º, inc. III, da CF), foi guinada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CF).⁷⁵

Sem afastar o caráter de fundamentalidade da dignidade da pessoa humana, a conceituação do termo encontra óbice ante o contorno vago e aberto do preceito:

Nada obstante as considerações até agora tecidas já tenham lançado um pouco de luz sobre o significado e o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, não há como negar que uma definição clara do que seja efetivamente esta dignidade não parece ser possível, uma vez que cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos.⁷⁶

⁷³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

⁷⁴ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 54/55.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 309/310.

⁷⁶ Op. cit., p. 100.

Contudo, elemento fundamental que pode conduzir a uma conceituação do termo é que a dignidade está ligada à concepção de ser humano assim considerado, o que inclusive está disposto na Declaração Universal de 1948 ao aduzir que “todos os seres humanos nascem livre e iguais em dignidade”.

O ser humano nasce detentor desta qualidade, sendo um valor próprio dele, não importando a sociedade em que vive, a classe social ou outros aspectos de distinção:

Observa-se, por outro lado que a dignidade humana exprime tudo aquilo que dá qualidade ao ser humano, enaltecendo-o como pessoa, distinguindo-o como espécie por outro lado, a condição humana, no sentido antropológico, constitui-se no conjunto das características físicas e orgânicas, mentais, psicológicas, afetivas, supostamente comuns a toda espécie. Assim, há uma relação ontológica entre a Dignidade Humana e a própria natureza ou condição humana.⁷⁷

No tocante à natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar tratar-se de norma jurídica, não sendo um mero postulado filosófico. Pela inserção como fundamento da República, trata-se norma jurídica constitucional. Ademais, aprofundando-se na análise, trata-se de uma norma constitucional de cunho principiológico que se irradia por todo o texto.

O caráter principiológico não afasta a efetividade da norma, não comprometendo a sua aplicação ao caso concreto. Por isso a definição de princípios como sendo deveres de otimização:

Daí a definição de princípios como *deveres de otimização* aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.⁷⁸

Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana existe para conferir um verdadeiro aspecto de unidade à Constituição de 1988, podendo ainda ser concebido como o núcleo essencial dos direitos fundamentais:

[...] concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das

⁷⁷ MOREIRA, Lenice Silveira. *O Princípio constitucional da dignidade humana: um olhar conforme a Espistemologia da Complexidade*. Natal: Revista Jurídica da FAL, 2006, p. 146.

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* – 12. ed. amp. – São Paulo: Malheiros, 2011, p. 38.

concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.⁷⁹

A dignidade da pessoa humana deve ser analisada sob um duplo viés: viés negativo, ou seja, o dever de abstenção por parte do Estado (que não pode interferir na esfera íntima), e outro, viés positivo, no sentido de implementar medidas aptas a garantir a sua efetivação:

Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo.⁸⁰

No tocante ao direito à saúde, verifica-se que está ligado à garantia de proteção da dignidade da pessoa humana:

O direito à saúde encontra-se na base do princípio da dignidade da pessoa humana, figura entre os direitos fundamentais e está positivado como direito público subjetivo, subsumindo-se no preceito do art. 5º, § 1º, da Constituição, o qual estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”.⁸¹

Ao mesmo tempo, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser concebido como fundamento para a efetivação do direito à saúde, sendo conceitos que não podem ser dissociados.

Não há como conceber a vida como digna se o indivíduo não possui condições mínimas de saúde. Compete ao Estado, nos termos da Constituição da República, a adoção de medidas – as políticas públicas de saúde – para a efetivação desse direito:

Em diferentes pronunciamentos, assentei que o direito decorria da aplicabilidade imediata do artigo 196 da Carta Federal e que era “hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem” (agravo de instrumento nº 232.469/RS, 12 de dezembro de 1998; recurso extraordinário nº 244.087/RS, 14 de setembro de 1999; recurso extraordinário nº 247.900/RS, 20 de setembro de 1999; recurso extraordinário nº 247.352/RS, 21 de setembro de 1999, todos de minha relatoria).⁸²

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* – 30. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 18.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 106.

⁸¹ SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Direito à saúde e políticas públicas: do ressarcimento entre os gestores públicos e privados de saúde*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 70.

⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, Recurso Extraordinário n. 566.471 Rio Grande do Norte. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>> Acesso em: 19 jun. 2018.

E, caso haja falha do Estado na consecução dos fins estabelecidos pela Constituição, em desrespeito inclusive aos princípios que regem a administração pública previstos de forma expressa no art. 37 da CR/88, caberia ao Poder Judiciário impor obrigação de fazer, visando dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana:

Isso porque o Judiciário é o guardião do ordenamento jurídico. Se não forem observadas as normas constitucionais, legais e administrativas por parte do Legislativo e do Executivo, então os juízes podem determinar providências concretas que visem a debelar a ação ou omissão inconstitucional ou ilegal.⁸³

A sadia qualidade de vida deve ser garantida pelo Estado como forma de se afirmar o postulado constitucional e fundamento da República, já que o indivíduo sem acesso ao direito à saúde se equipara a um não ser. O direito à saúde nos moldes propostos pela Constituição da República de 1988, como alhures exposto, não se reduz ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, compreendendo o desenvolvimento de uma política pública de saúde eficaz.

2.3 – DIREITO À SAÚDE COMO CONSEQUÊNCIA INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA

A Constituição da República ao iniciar o capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, já no *caput* do artigo 5º elenca a vida como um direito inviolável:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] ⁸⁴

Isto decorre do fato de que a vida é o postulado básico para a fruição de todos os outros direitos garantidos pela Constituição: “A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição”.⁸⁵

No aspecto histórico, desde a Constituição da Virgínia de 1776 dos Estados Unidos da América, a vida goza de proteção:

⁸³ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 119.

⁸⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255.

O primeiro documento a consagrar um direito à vida, numa acepção que já pode ser considerada próxima da moderna noção de direitos humanos e fundamentais, foi a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, que, no seu artigo 1º, incluía a vida no rol dos direitos inerentes da pessoa humana.⁸⁶

No âmbito interno, desde a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, o direito à vida recebeu proteção expressa, a teor do disposto no artigo 141 do diploma:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]⁸⁷

Nos termos expostos no artigo 5º, §2º, da Constituição vigente, destaca-se ainda que o direito à vida encontra previsão em convenções e tratados internacionais do qual o Brasil é parte, ratificando o valor supremo do instituto. Integra assim o chamado “bloco de constitucionalidade”: “Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, densificando a regra constitucional positivada no §2º do art. 5º, caracterizada como cláusula aberta”.⁸⁸

O que se protege com o direito em voga é a existência física do indivíduo em seu aspecto biológico e fisiológico, não interessando aspectos políticos, sociológicos, religiosos e morais. Independentemente de qualquer atributo ou escolha do indivíduo, lhe é garantido o direito à vida. O simples fato da condição de ser humano lhe proporciona a proteção prevista na CR/88.

Quanto à natureza jurídica do direito à vida trata-se de direito de defesa na medida em que impede o Estado de adotar medidas que atentem contra a existência física do indivíduo, salvo exceção prevista expressamente no texto constitucional;

O fato é que qualquer direito fundamental pode sofrer restrições. Algumas delas, inclusive, gozam de proteção constitucional. Tome-se, por exemplo, o direito à vida, que ninguém questiona ser fundamental: ele pode ser relativizado em caso de guerra declarada.⁸⁹

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 350.

⁸⁷ BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 55.

⁸⁹ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 207.

No mesmo sentido, há o entendimento de que o direito à vida teria uma dimensão positiva na medida em que impõe ao Estado um dever de proteção do indivíduo contra a ação de outro indivíduo:

O ângulo positivo do direito à vida obriga o legislador a adotar medidas eficientes para proteger a vida em face de outros sujeitos privados. Essas medidas devem estar apoiadas por uma estrutura eficaz de implementação real das normas.⁹⁰

Esse dever pode se concretizar através de ações de cunho fático – ações de segurança pública – ou normativo – através de edição de leis que impeçam ou determinem a atuação dos indivíduos como forma de preservação do direito à vida.

Como alhures exposto, o direito à vida refere-se unicamente à existência física do ser humano. Contudo, por vezes, ao se tratar do direito à vida, adota-se automaticamente a qualificação “digna”, o que não pode ser aceito, eis que institutos diversos:

Com tal valoração negativa da vida humana não se confunde, à evidência, a noção de um direito a uma vida digna, que resulta da ligação (mas não se confusão) entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana e diz respeito, ademais, às obrigações positivas do Estado e da sociedade para com o indivíduo (inclusive no campo da garantia de uma mínimo existencial), aspectos que voltarão a ser referidos.⁹¹

Direito à vida deve sempre ser compreendido como um direito fundamental que não se confunde com a dignidade da pessoa humana. Como direitos fundamentais podem, inclusive, no caso concreto, entrar em rota de colisão, o que demandaria uma solução baseada no critério da ponderação.

O direito à vida, direito individual autônomo expressamente previsto na CR/88, corresponde ao mesmo tempo a uma condição *sine qua non* para o exercício dos direitos fundamentais espalhados pelo texto constitucional. Mas, com estes, não pode ser confundido:

Também o *direito à saúde* ([...]), embora também apresente uma forte ligação com o direito à vida, com este não se confunde. Com efeito, o direito à vida não pode ser lido de forma a abranger a ampla proteção da saúde, [...].⁹²

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 260.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 353.

⁹² Op. cit., p. 354.

Tal ocorre em relação ao direito à saúde. Tratam-se de institutos distintos, embora o direito à saúde represente, segundo entendimento assentado pela jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, uma consequência constitucional indissociável do direito à vida:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência 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.⁹³

Verifica-se assim que há uma interdependência consequencial entre os direitos fundamentais vida e saúde, mas que não podem ser confundidos. Verifica-se que um direito acaba por ampliar a proteção conferida ao outro. E o desrespeito a um configura violação a outro bem previsto na Constituição da República de 1988.

2.4 – DIREITO À SAÚDE E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Não se pode conceber a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana sem que se respeite um mínimo necessário à existência, sendo este concebido como um direito fundamental. Não há o que se falar em vida digna se o Estado não fornece o mínimo de prestação material em saúde.

As discussões quanto ao mínimo existencial iniciaram-se após a Segunda Guerra Mundial na Alemanha, sendo o mínimo ligado à ideia dos recursos materiais mínimos necessários para uma digna existência:

A noção de um direito fundamental (e, portanto, de uma garantia fundamental) às condições materiais para uma vida com dignidade teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha do Segundo Pós-Guerra, com Otto Bachof, para quem o princípio da dignidade da pessoa humana não reclamaria somente a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade ficaria sacrificada.⁹⁴

⁹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello, AGRG. no Recurso Extraordinário n. 271.286-8 Rio Grande do Sul, DJ. 24/11/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 570/571.

No Brasil, a Constituição vigente não previu expressamente a garantia ao mínimo existencial. Contudo, o mesmo está ligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e aos direitos sociais expressamente previstos, isto não significando que os conceitos se equivalem:

[...], cumpre traçar as linhas de separação entre o mínimo existencial e os direitos sociais. Como visto, aquele não se confunde integralmente com estes. O direito fundamental ao mínimo existencial é composto por porções dos direitos sociais necessárias a proporcionar ao seu titular condições materiais de existência minimamente digna. Ele é um *minus* em relação aos direitos sociais, os quais são providos de um conteúdo mais amplo, que engloba outros deveres - não só de prestação, mas também de abstenção - que ultrapassam a circunscrição do mínimo existencial.⁹⁵

Em relação aos direitos sociais, o mínimo pode servir de balizamento para as decisões do Estado rumo à concretização dos mesmos:

Além disso, a noção de um mínimo existencial pode servir (e tem servido) de parâmetro para definir o alcance do objeto dos direitos sociais, inclusive para a determinação de seu conteúdo exigível, fornecendo, portanto, critérios materiais importantes para o intérprete e para o processo de concretização dos direitos sociais. De qualquer modo, percebe-se que a relação entre o mínimo existencial (como, aliás, a própria noção de mínimo existencial) e os direitos sociais, exige permanentemente atenção e desenvolvimento por parte da doutrina e da jurisprudência constitucional.⁹⁶

Ainda neste sentido, serve como meio de se estabelecer critérios para a análise pelo Poder Judiciário quando da análise do caso concreto em matéria de políticas públicas, sobretudo no campo do direito à saúde:

Uma primeira, instintiva inquirição condiz com a demarcação do conteúdo do rol de direitos que compõem o *mínimo existencial*. Evidentemente que a pergunta é pertinente, haja vista o cunho *aberto* ou *conceitual* que envolve o nome *mínimo existencial*, sendo ela, inclusive, importante para definir como o *mínimo existencial* pode servir de baliza para o juiz ao decidir a respeito de políticas públicas, sobretudo no que toca à saúde.⁹⁷

Por mínimo existencial podemos compreender as necessidades básicas do indivíduo para uma vida com dignidade, necessidades estas que são delimitadas pelo Poder Legislativo (quando da elaboração da lei) e implementadas pelo Poder Executivo (quando da execução da

⁹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento*. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 13, n. 13, janeiro/junho de 2013, p. 360.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 573.

⁹⁷ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 230.

lei). Estas necessidades podem variar de indivíduo para indivíduo, levando-se em consideração principalmente critérios sócio-econômicos.

Poder-se-ia compreender ainda como mínimo existencial o núcleo irreduzível dos direitos fundamentais, alcançado através de critérios de ponderação:

Para os adeptos da teoria externa das restrições, o conteúdo essencial, consistindo no núcleo dos direitos fundamentais resultante das ponderações e restrições, coincide com a base do mínimo existencial, que é a parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade.⁹⁸

Pela teoria interna das restrições aos direitos fundamentais não haveria o que se falar em restrição aos direitos fundamentais. A teoria externa das restrições permite a restrição baseada em critérios de ponderação junto ao caso concreto, desde que respeitada uma parcela indisponível, parcela esta que corresponde ao mínimo existencial.

No tocante ao direito à saúde importa a análise da dimensão prestacional (ou positiva) do mínimo existencial, ou seja, o dever do Estado de assegurar o mínimo necessário para efetivação daquele direito: “[...] e, ao mesmo tempo, algo que cumpre ao Estado assegurar, mediante prestações de natureza material (dimensão positiva)”.⁹⁹

Ainda neste mesmo sentido:

[...]. O mínimo existencial, ao menos no que tange aos direitos prestacionais (*status positivus libertatis*), deve ser tido compreendido como sinônimo de *prestações mínimas para que sejam preservadas a liberdade e a dignidade da pessoa humana em seu núcleo essencial e intangível, o qual compreende (i) a subsistência do ser humano, (ii) a capacidade de autodeterminação e (iii) a capacidade de participação das decisões públicas.*¹⁰⁰

Tratando-se de um dever estatal e por ser um direito subjetivo do cidadão à tal prestação, não pode o Estado alegar limitação orçamentária como motivo para não efetivação do direito à saúde:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento

⁹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 87/88.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 574.

¹⁰⁰ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito* – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 207.

e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.¹⁰¹

Há ainda aqueles que defendem que o mínimo existencial deve ser compreendido como o máximo do mínimo existencial (considerada a maximização das prestações estatais) e não o mínimo do mínimo existencial:

No Estado Democrático de Direito impõe-se a garantia do mínimo existencial em sua dimensão máxima. A maximização existencial acarreta logicamente a minimização dos direitos sociais em sua extensão, mão não em profundidade.¹⁰²

Deve o Estado não somente garantir um mínimo. Em matéria de direitos sociais estes devem ser garantidos de forma ampliada, com o maior e melhor número de prestações possíveis, concretizando os preceitos constitucionais.

O que se evidencia é que o Estado deve garantir ao indivíduo um mínimo de direitos que são essenciais para se alcançar uma vida com dignidade, aqui incluído o desenvolvimento de políticas públicas e a prestação de ações e serviços de saúde de qualidade e que atendam ao maior contingente de pessoas, respeitando-se assim o máximo no tocante às prestações.

2.5 - PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Nos últimos anos o direito à saúde vem sendo garantido de uma forma mais efetiva, principalmente através das decisões judiciais sobre o tema, o que obriga o Estado a promover avanços no atendimento dos direitos previstos no texto constitucional.

Não caberia assim, frente a todos os avanços, se criarem entraves que impeçam ou diminuam o caráter de progressividade do direito à saúde, sob pena de se incorrer em retrocesso no campo social.

Havendo retrocesso no campo social, há clara violação ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social ou Princípio da Proibição da Evolução Reacionária. Tal instituto é denominado pela doutrina francesa como “*effet cliquet*”.

¹⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello, ADPF n. 45 MC/DF, DJ. 29/04/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 10 agô. 2018.

¹⁰² TORRES, Ricardo Lobo. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 332.

Ou seja, uma vez conquistados avanços quanto aos direitos sociais, não pode haver a supressão ou mesmo a diminuição dessas conquistas, eis que passam a configurar verdadeiro direito subjetivo do cidadão:

A aplicação da chamada proibição de retrocesso aos direitos sociais tem conquistado destaque nas Cortes Constitucionais, em especial em momentos de crise e durante a realização de políticas de austeridade. Trata-se de princípio segundo o qual não seria possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial [...]¹⁰³

Destaca-se que se mostra inconstitucional qualquer medida estatal que impacte nas políticas públicas cessando a progressividade e aumento dos direitos sociais:

o núcleo essencial dos direitos já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.¹⁰⁴

Por questões históricas, diante da luta entre o capital e o trabalho, os trabalhadores se uniram buscando melhores condições de vida, sendo que o direito à saúde foi uma destas grandes conquistas. O Estado não pode criar embaraços legais ou administrativos a implementação do citado direito sob pena de ofender o princípio da vedação do retrocesso social:

Todavia, o fato é que para a proteção dos direitos sociais, especialmente em face do legislador, mas também diante de atos administrativos, ganhou notoriedade, inclusive e de modo particularmente intensivo no Brasil, a noção de uma proibição jurídico-constitucional de retrocesso, como mecanismo de controle para coibir e/ou corrigir medidas restritivas ou mesmo supressivas de direitos sociais.¹⁰⁵

Destaca-se que o princípio da vedação de retrocesso poder-se-ia aplicar inclusive em relação às atividades administrativas de concretização das políticas públicas, já que a esta aplicável de forma estrita o princípio da legalidade, deixando pouca margem de conformação ao administrador público:

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 644.

¹⁰⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 321.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 567.

Nenhum dos autores mencionados acima lida com a possibilidade de estender a vedação do retrocesso (seja princípio ou eficácia) à atividade de concretização de direitos fundamentais (sociais ou individuais) pela Administração Pública, o que se dá por meio da realização de políticas públicas, como já visto. Ora, os fundamentos declinados para sustentar a incidência de dito princípio de redução do espaço de conformação do legislador servem, com razão ainda maior, à atividade administrativa. [...]. Ademais, a atividade legislativa, por ser essencialmente criadora, demanda maior liberdade que a atividade da Administração Pública, naturalmente subordinada à lei, de modo que a vedação do retrocesso merece, com maior mérito, ser utilizada como filtro da atividade administrativa. [...].¹⁰⁶

O princípio da vedação ao retrocesso social poder-se-ia ser aplicado inclusive em face de uma mudança de posicionamento do Judiciário quando da interpretação de determinada norma constitucional que ocasionasse uma restrição de acesso do indivíduo as ações e políticas públicas de saúde.

Vedar-se-ia, inclusive, a denominada mutação constitucional que ocasione uma mudança de interpretação que restrinja o acesso do indivíduo aos direitos sociais previstos na Constituição da República de 1988:

As mutações, por seu turno, não seriam alterações “físicas”, “palpáveis”, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado.¹⁰⁷

Não se pode negar a possibilidade de uma mudança de interpretação de cunho evolutivo e que ocasione um avanço na proteção conferida ao indivíduo pela norma constitucional. O que se veda, frisa-se, é a mutação que ocasione um retrocesso em relação ao direito protegido pela norma constitucional.

A mutação constitucional decorre da necessidade de adequação do texto normativo constitucional às mudanças fáticas ocorridas na sociedade, sendo um processo gradativo e que se protraí no tempo. Contudo, não pode esbarrar em núcleos intangíveis no próprio texto de lei, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade:

A existência de mutações inconstitucionais significa que as mutações constitucionais, para serem consideradas legítimas, devem respeitar

¹⁰⁶ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito* – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 239/240.

¹⁰⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 136.

determinados limites, que, por sua vez, devem ser reconduzidos à própria constituição projetada pelo poder constituinte.¹⁰⁸

O Estado deve, ainda, buscar meios de evitar o engessamento das políticas públicas previstas na Constituição da República, prejudicando os cidadãos que realmente necessitam de tais políticas. Tal engessamento é vedado ante a necessidade da constante progressividade dos direitos fundamentais, em especial do direito à saúde, que está atrelado (num aspecto de interdependência) ao próprio direito à vida, direito individual previsto no texto constitucional.

A Constituição de 1988, no tocante aos direitos sociais, cria expectativas no indivíduo, na medida em que confere ao Estado a obrigação de adotar meios de efetivação de tais direitos, num aspecto de confiança.

Ao mesmo tempo, não pode o indivíduo ficar na incerteza de ter seu direito social efetivado, precisando gozar de uma certeza jurídica, num aspecto de segurança em relação à estabilidade das conquistas já incorporadas ao seu patrimônio jurídico.

Neste sentido, o princípio da vedação ao retrocesso social se liga aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança:

Além disso, a proibição de retrocesso social guarda relação com o princípio da segurança jurídica (consagrado entre outros, no Preâmbulo da Constituição Federal e no *caput* dos arts. 5º e 6º) e, assim, com os princípios do Estado democrático e social de Direito e da proteção da confiança, na medida em que tutela a proteção da confiança do indivíduo e da sociedade na ordem jurídica, e de modo especial na ordem constitucional, enquanto resguardo de certa estabilidade e continuidade do Direito, notadamente quanto à preservação do núcleo essencial dos direitos sociais.¹⁰⁹

Destaca-se que a Constituição da República exige um movimento progressivo rumo à maximização dos direitos sociais, garantindo-se o máximo do mínimo existencial. Não cabe qualquer retrocesso social, seja por qualquer justificativa:

O Estado não pode furtar-se ao dever de efetivar os direitos constitucionalmente previstos, pois, assim agindo, afeta diretamente a Constituição Federal, enfraquece suas estruturas e põe em risco a liberdade advinda da Democracia, conquistada por meio de lutas e cuja desvalorização, agora, seria a imagem do exato retrocesso.¹¹⁰

Neste mesmo sentido, pela progressividade dos direitos sociais,

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 148.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 568.

¹¹⁰ BARROS, Cilaine de Oliveira Guilherme; CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Direito à saúde e transformação social*. Revista *Argumentum* – Revista de Direito. UNIMAR, Marília/SP, v. 6, 2006, p. 238.

O Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar — mediante supressão total ou parcial — os direitos sociais já concretizados.¹¹¹

O Estado não pode alegar escassez de recursos financeiros – princípio da reserva do possível -, nem mesmo em períodos de crise econômica, já que os direitos sociais conquistados devem ser garantidos. Assim, o Estado deve agir de forma cada vez mais eficiente na concretização das políticas públicas, não criando qualquer embaraço em efetivar os direitos previstos na Constituição da República.

2.6 – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DE SAÚDE EFICIENTES EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Por competir ao Estado o desenvolvimento das políticas públicas de saúde, deve o mesmo além de garantir os recursos financeiros necessários, desenvolver suas atividades de forma cada vez mais eficiente, não sendo razoável a criação de embaraços administrativos, a teor das listas de medicamentos, como forma de impedir o acesso do indivíduo às ações e serviços públicos de saúde.

É importante destacar que o Estado deve buscar meios de avançar na garantia dos direitos sociais, sem que isto represente um aumento significativo e constante de investimentos públicos.

Na lógica do fazer cada vez mais com cada vez menos recursos, deve o Estado se aprimorar, em respeito ao princípio da eficiência (que foi inserido no artigo 37 da Constituição da República em 04 de junho de 1998, com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 19, que dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública), dando efetividade às políticas públicas previstas no texto constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] ¹¹²

¹¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ARE-AgR 639337, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/08/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹¹² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Trata-se de um dever imposto ao administrador público como forma de desenvolver uma administração eficiente:

O dever de eficiência dos administradores públicos reside na necessidade de tornar cada vez mais qualitativa a atividade administrativa. Perfeição, celeridade, coordenação, técnica, todos esses são fatores que qualificam a atividade pública e produzem maior eficiência no seu desempenho.¹¹³

Tal princípio se coaduna com a nova vertente de administração pública, afastando-se do modelo burocrático e adotando as premissas de uma administração gerencial, na qual se privilegia os resultados, pois “Economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional são valores encarecidos pelo princípio da eficiência”.¹¹⁴

É nessa nova forma de controle que se centra a administração gerencial:

A Administração Pública gerencial constitui um avanço, e, até certo ponto, um rompimento com a Administração Pública burocrática. Isso não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, **a Administração Pública gerencial está apoiada na anterior**, da qual conserva alguns de seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da Administração Pública, que continua um princípio fundamental.¹¹⁵

A eficiência está relacionada ainda com uma célere resposta da Administração quanto às demandas de interesse dos administrados, como no caso das demandas de caráter social, as quais muitas das vezes estão ligadas ao próprio direito à vida, como é o caso da saúde.

O princípio da eficiência deve ser aplicado não somente em relação aos serviços prestados aos administrados, mas também em relação à própria administração, como forma de melhora no desempenho:

Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna

¹¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos – *Manual de direito administrativo* – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 68.

¹¹⁴ MAZZA, Alexandre - *Manual de direito administrativo* – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 113.

¹¹⁵ PALUDO, Augustinho Vicente - *Administração pública para AFRF e AFT* [recurso eletrônico]: para auditor fiscal do trabalho e auditor fiscal da receita federal. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 65.

tecnologia aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las.¹¹⁶

O Estado deve atuar cada vez mais de forma gerencial, incrementando a eficiência de seus serviços e atingindo o objetivo prioritário que é o resultado, compreendido este como efetivação das políticas públicas previstas na Constituição da República de forma plena:

[...]. O modelo gerencial tornou-se realidade no mundo desenvolvido **quando**, através da definição clara de objetivos para cada unidade da administração, da descentralização, da mudança de estruturas organizacionais e da adoção de valores e de comportamentos modernos no interior do Estado, **se revelou mais capaz de promover o aumento da qualidade e da eficiência dos serviços sociais oferecidos pelo setor público.**¹¹⁷

Esse resultado pode ser alcançado com a desburocratização da máquina administrativa (processos administrativos céleres), correção de falhas estruturais, contenção de gastos, e não com a criação de restrições administrativas, a teor das listas de medicamentos (RENAME, REMUNE, etc.), que acabam por impedir o amplo acesso ao direito à saúde.

Não se pode deixar de destacar que pela finitude dos recursos públicos e em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve o Estado agir pautado no postulado da Eficiência:

Isso que dizer que, especialmente em países pobres, a dignidade da pessoa humana reclama uma atuação da AP no sentido de maximizar a utilização de recurso escassos, para que se possa assegurar, ou mesmo descomprimir, a necessidade de atendimento, pelo menos, das condições mínimas de existência humana digna.¹¹⁸

O Estado somente conseguirá garantir a execução das prestações positivas a que está obrigado por imperativo constitucional se agir de forma eficiente na busca da satisfação do interesse geral, a teor do direito à saúde, devendo ainda garantir que não haja solução de continuidade: “Além disso, os resultados devem ser atingidos continuamente, sem

¹¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos – *Manual de direito administrativo* – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

¹¹⁷ PALUDO, Augustinho Vicente - *Administração pública para AFRF e AFT* [recurso eletrônico]: para auditor fiscal do trabalho e auditor fiscal da receita federal. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 67.

¹¹⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 130.

interrupção. Não basta um bom resultado isolado e esporádico; a eficiência exige que o bem comum seja buscado de forma permanente e contínua”.¹¹⁹

A melhor gestão da máquina pública, agindo-se de forma cada vez mais gerencial, representa medida urgente e que inegavelmente conduz a uma possível solução para a efetivação das ações e serviços públicos de saúde.

Contudo, em contrapartida à corrente e aos fundamentos expostos no presente capítulo, surgem aqueles que defendem que o direito à saúde da forma como vem sendo concebido esbarra em questões legais e administrativas, impedindo ainda o planejamento e execução de políticas públicas mais amplas e voltadas a toda uma coletividade, o que será abordado de forma detalhada no capítulo que se segue.

¹¹⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 243.

3 – NECESSIDADE DE CONDICIONANTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO À SAÚDE

Em contraponto aos defensores do direito à saúde de forma irrestrita, surge uma corrente que, sem negar a importância do direito em discussão, entende que certos limites devem ser criados sob pena de se produzir um caos em todo o sistema. Defende ela o desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao setor e não o fornecimento individualizado de prestações aos indivíduos.

Nas últimas décadas, diante do avanço ao acesso às informações, da doutrina da eficácia das normas constitucionais e o conseqüente aumento dos casos de judicialização das questões atinentes à saúde, o Poder Público vem enfrentando dificuldades em planejar suas ações e serviços de saúde ante a constante necessidade de remanejamentos de recursos públicos para o pagamento de despesas não previstas, despesas estas decorrentes de ordens judiciais. O tema encontra-se no centro das atenções do poder público e da sociedade, demandando um amplo debate:

Não é à toa, portanto, que também tem crescido o número dos que se dedicam à discussão da legitimidade da intervenção judicial nesta seara, o que, no seu conjunto e considerando o amplo acesso às redes de informação, tem levado a uma sofisticação do debate e a uma evolução significativa tanto no que diz com a quantidade, quanto no respeitante à qualidade (ainda que não linear) da produção doutrinária e jurisprudencial.¹²⁰

Nota-se que para o magistrado não importa se o Poder Público detém ou não dotação orçamentária para o cumprimento da citada obrigação, não se preocupando muitas vezes sequer com o valor do medicamento/procedimento requerido, que algumas das vezes atingem cifras altíssimas, com comprometimento do erário:

Em relação ao direito à saúde, a questão do custo das prestações é sobremaneira importante, já que a inovação tecnológica acaba por transformar, em pouco tempo, equipamentos até então de última geração em obsoletos, exigindo um alto custo para sua substituição.¹²¹

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 12.

¹²¹ BRAGA, Paulo Vitor Begamo. Judicialização, assistência farmacêutica e argumentação. Análise da jurisprudência do TRF da 3ª Região. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 378.

Os recursos da saúde são finitos, como todo o orçamento do Poder Público, e o aumento indiscriminado das ordens judiciais vem impactando de forma direta nos orçamentos dos entes da federação, afetando as políticas públicas voltadas a toda uma coletividade.

Além disso, todos os estudos e análises feitas pelo Poder Público como forma de se garantir o desenvolvimento das políticas públicas de saúde previstas no artigo 196 da Constituição da República são desconsiderados pelo Poder Judiciário, que no intuito de garantir o direito de um cidadão acaba por desamparar outros que dependem diretamente destas mesmas políticas.

O Ministério da Saúde, através de um órgão colegiado de caráter permanente, elabora a chamada relação nacional de medicamentos, podendo cada ente da federação adotar listas complementares. Há, ainda, uma divisão administrativa para o fornecimento dos medicamentos estabelecidos como de alto custo, de acordo com a capacidade de cada ente da federação e das necessidades da população diretamente interessada:

Art. 26. O Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas em âmbito nacional, observadas as diretrizes pactuadas pela CIT.¹²²

Não raro é desconsiderada pelas ordens judiciais a relação de medicamentos aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Inexistindo a aprovação de determinado medicamento pelo órgão competente, o gestor público se vê impedido em adquiri-lo, sob pena, inclusive, de incorrer em crime.

Se não houve sequer a aprovação do medicamento pela agência responsável, como pode uma decisão judicial se sobrepôr à decisão administrativa neste sentido, decisão esta amparada por corpo técnico especializado para as análises de riscos à população.

São diversas as ingerências em desrespeito à autonomia do Poder Executivo, que detém competência para tais análises, em desrespeito ao Princípio da Separação de Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição da República: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.¹²³

Ademais, não se observa, rotineiramente, a aplicação do princípio da proporcionalidade quando da concessão de ordens judiciais, comprometendo as ações já programadas e previstas nas leis orçamentárias. Impede-se, assim, a otimização dos recursos voltada à satisfação das necessidades da coletividade.

¹²² BRASIL, Decreto nº. 7.508 de 28 de junho de 2011.

¹²³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esta corrente busca destacar que o direito à saúde não compreende somente a entrega de medicamentos e realização de tratamentos e procedimentos cirúrgicos, vai muito além, com investimentos em pesquisas, ações de prevenção, conscientização e fiscalização, demandando altos investimentos dos entes da federação.

Desta forma, introduzido o tema que se pretende estudar, aprofundar-se-á nos principais argumentos daqueles que defendem a necessidade de serem criadas condicionantes ao exercício do direito à saúde, sob pena de comprometimento do Sistema Único de Saúde - SUS concebido para o atendimento igualitário e universal.

3.1 – LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS E PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos sociais, por demandarem uma atuação positiva estatal, importam em disponibilidade de recursos previstos no orçamento aprovado em momento anterior ao exercício em que será executado.

Aqui está o ponto central do descompasso entre o Poder Judiciário e o gestor público, já que o orçamento apresenta limitação em relação à demanda social sempre crescente, o que importa em escolhas sobre a utilização dos recursos. Pelo entendimento da sociedade de negligência do Estado em efetivar os direitos sociais, a judicialização é o caminho seguido para garantia daqueles, em especial do direito à saúde.

O Poder Judiciário, com fundamento na força normativa da Constituição, e baseado na relação direito à saúde com a dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e direito à vida, reduz a segundo plano a limitação dos recursos públicos.

Contudo, conforme esta corrente, se mostra equivocado o entendimento de se desconsiderar por completo a questão da escassez de recursos públicos, demandando-se, assim, uma mudança de perspectiva do Poder Judiciário: “O problema é que grande parte das ações levadas à apreciação do Judiciário acabou acarretando impacto orçamentário não previsto, gerando ampliação dos gastos públicos necessários à efetivação do direito à saúde no país”.¹²⁴

Antes, contudo, de uma análise do princípio da reserva do possível (compreendido este não somente como escassez de recursos) e sua dicotomia em relação ao mínimo existencial,

¹²⁴ DUARTE, Clarice Seixas. Inovações de método para o trabalho jurídico. A experiência do grupo de pesquisa direitos sociais e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91/92.

serão analisadas, de forma detalhada, as regras que envolvem o orçamento público previstas na Constituição e na lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964 que dispõe sobre as normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços dos entes da Federação.

Não se pode tratar do orçamento público sem se conceber que este representa um dos pilares da atividade financeira do Estado, compreendida como a busca por recursos e gastos necessários para a implementação das políticas públicas:

A atividade financeira é representada pelo conjunto de ações que o Estado desempenha visando à obtenção de recurso para seu sustento e a respectiva realização de fatos para a execução de necessidades públicas. Disso decorre que referida atividade depende de três elementos que se interconectam na definição proposta: (i) o orçamento público, como peça responsável pela delimitação das receitas e despesas em um dado exercício, (ii) as formas, condições e limites de obtenção de receita para fazer frente às despesas fixadas e (iii) as formas, condições e limites de gasto do dinheiro público e, assim, os métodos de aplicação e dispêndio das receitas.¹²⁵

É preciso salientar que a forma de obtenção de receitas pelo Estado estão discriminadas na Constituição da República, que estabelece no Título VI “Da Tributação e do Orçamento” quais tributos podem ser exigidos e suas principais características, ressaltando, ainda, as limitações do poder de tributar, como forma de proteção do contribuinte contra os excessos estatais.

Iniciando o estudo do orçamento público, pode-se conceituá-lo como sendo a lei na qual estão previstas as receitas e despesas do ente público.

Neste mesmo sentido, orçamento público é:

[...] uma lei que autoriza os gastos que o Governo pode realizar durante um período determinado de tempo, discriminando detalhadamente as obrigações que deva concretizar, com a previsão concomitante dos ingressos necessários para cobri-las.¹²⁶

Verifica-se que o orçamento é regido por princípios próprios, entre eles o da unidade, da universalidade, anualidade, equilíbrio orçamentário e programação. No presente ponto, aprofunda-se a análise do princípio da programação, sem desconsiderar a importância dos demais. Este princípio consigna que:

¹²⁵ PISCITELLI, Tathiane. *Direito financeiro esquematizado*. Rio de Janeiro: Método, São Paulo, 2012, p. 20/21.

¹²⁶ LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro – 5. ed. rev. ampl. e atual*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 68.

[...], o orçamento não deve conter apenas as estimativas para as receitas e despesas do próximo exercício financeiro, mas, também, a previsão de objetivos e metas relacionados à realização das necessidades públicas.¹²⁷

O aludido princípio remete à ideia de planejamento voltado ao macro, já que demanda uma análise conjunta das leis orçamentárias e respeito aos princípios dispostos na Constituição da República de 1988, sendo criticável o posicionamento do judiciário quando da prolação de decisões judiciais ligadas às políticas públicas:

O orçamento público se preocupa com macroalocações, devendo focar na efetivação de programas que atendam a todos os que se encontrem em determinada situação fáticas e/ou jurídica, e não na atenção individuada de pedidos, mormente aqueles efetivados através de decisões judiciais. No entanto, nem sempre se pensa assim. O Judiciário tem prolatado diversas decisões, muitas delas com implementação de verdadeiros programas, que necessitariam, pelo caminho da orçamentação, de alteração nas legislações pertinentes, o que não tem sido observado.¹²⁸

A Constituição da República de 1988 prevê três leis orçamentárias de iniciativa do Poder Executivo em seu artigo 165: plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. De forma sucinta, o plano plurianual traça os objetivos gerais para um lapso temporal de quatro anos, a lei de diretrizes orçamentárias busca dar efetividade aos objetivos do plano plurianual, com vigência de um ano, e a lei orçamentária anual, de efeitos concretos, traça as receitas e despesas para o exercício financeiro posterior:

Em poucas palavras, a questão é: o PPA é um orçamento-programa, que define as grandes metas e prioridades da administração por um período maior de tempo – trata-se de norma com alto grau de abstração. Já a LDO, cuja vigência será de apenas um ano, deve garantir a concretização do PPA e conferir às metas ali fixadas a possibilidade de uma realização mais imediata; já no próximo exercício.¹²⁹

Neste mesmo sentido:

Assim, há um processo de afinamento, partindo dos fundamentos e objetivos constitucionais, PPA, LDO, até a LOA, que restringem as opções orçamentárias, fazendo com que o primeiro planejamento, o PPA, seja uma aplicação estratégica de longo prazo da vontade constitucional, partindo para um segundo plano operacional de curto prazo, a LDO, e, por fim, a

¹²⁷ PISCITELLI, Tathiane. *Direito financeiro esquematizado*. Rio de Janeiro: Método, São Paulo, 2012, p. 39.

¹²⁸ LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro* – 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 98.

¹²⁹ Op. cit., 2012, p. 54.

concretização desses planejamentos, em uma lei de realização, chamada de LOA.¹³⁰

Nota-se, assim, que o gestor público não tem liberdade na aplicação dos recursos, devendo se pautar nos objetivos e metas previamente estabelecidos.

A lei orçamentária anual, ao prever receitas e despesas, limita a atuação do gestor na medida em que todas as receitas e despesas devem estar consignadas de forma expressa, impedindo-se assim que sejam listados como uma mera expectativa, ou seja, em termos imprecisos.

Neste ponto está a maior dificuldade do gestor, principalmente diante dos casos de judicialização da saúde. Não se mostra possível uma previsão das despesas e claro sua vinculação com determinada receita, diante do caráter da eventualidade da propositura de ações pelos indivíduos. É o que se depreende do §4º da Lei Complementar nº. 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal: “§ 4º É vedado consignar na lei orçamentária crédito com finalidade imprecisa ou com dotação ilimitada”.¹³¹

Em contraponto à limitação acima exposta, a corrente pelo direito irrestrito à saúde destaca a possibilidade de utilização dos créditos suplementares como forma de se garantir o cumprimento das decisões judiciais.

Não se discute a possibilidade prevista no §8º do artigo 165 da Constituição da República de reforço de dotação orçamentária. Contudo, é preciso analisar o conceito e os requisitos para a aprovação de créditos suplementares como forma de se verificar que não se trata de procedimento meramente administrativo, tratando-se de um ato complexo que exige a participação de mais de um Poder.

A disciplina normativa dos créditos adicionais encontra-se na Lei nº. 4.320/64, sendo que os créditos suplementares estão previstos expressamente no artigo 41, I e seguintes da citada lei.

Do ponto de vista conceitual, créditos suplementares são aqueles destinados a garantir um reforço de dotação para despesas que não foram dimensionadas de forma eficiente pelo gestor público. Neste sentido:

“[...] caracterizam-se por serem destinados ao reforço da dotação orçamentária; ou seja, nos casos em que se fez presente, houve previsão da despesa no orçamento, mas no curso da execução orçamentária provou-se que a referida precisão seria insuficiente para realizar todas as despesas

¹³⁰ LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro* – 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 123.

¹³¹ BRASIL, Lei Complementar nº. 101 de 04 de maio de 2000.

necessárias. Daí, portanto, a necessidade de aumentar o nível das despesas e reforçar a previsão (dotação) anteriormente aprovada”.¹³²

Analisando os termos da lei pode ser verificado que não há o que se falar em abertura de crédito suplementar sem que haja prévia autorização legislativa, e, assim, procedimentos, o que demanda tempo e, claro, coalizão entre os Poderes. Aliado a isto e ainda mais importante, é preciso que haja “recursos disponíveis para ocorrer a despesa”, nos termos do artigo 43 da Lei do Orçamento Público.

Sem a presença de ambos os requisitos dispostos nos artigos 42 e 43 da Lei nº. 4.320/64, impossível se mostra ao gestor público a obtenção de recursos para liquidação de despesas não previstas no orçamento, a teor das decisões judiciais proferidas na área da saúde. Além disso, não pode ocorrer remanejamento que acarrete descumprimento dos percentuais constitucionais previstos para aplicação em cada área, sob pena de responsabilização do gestor.

Os gestores públicos federal e estadual não podem descumprir o disposto na lei orçamentária sob pena de incorrer em crime de responsabilidade previsto na Lei nº. 1.079, de 10 de abril de 1950 que estabelece em seu artigo 10 “os crimes contra a lei orçamentária”. Em relação aos Prefeitos, no mesmo sentido, aplica-se o disposto no artigo 1º do Decreto-Lei nº. 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Nota-se, assim, que são diversas as restrições legais ao gestor público quando da aplicação dos recursos conforme estabelecido nas leis orçamentárias, inclusive sob pena de cometimento de crime de responsabilidade.

Por isso, não se pode desconsiderar, quando na defesa da Fazenda Pública em juízo, a aplicação nas ações que versam sobre direito à saúde do Princípio da Reserva do Possível:

Parece elementar a ideia de limitação financeira do que o Estado pode dispor, daí recorrente defesa da Fazenda no sentido de que não tem disponibilidade de cumprir eventual ordem que outorgue ao jurisdicionado o bem da vida por ele almejado. [...] Com efeito, a *reserva do possível* é intuitivamente um dos mais importantes aspectos a serem considerados na dispensação judicial de saúde (e de políticas públicas em geral).¹³³

A reserva do possível tem como origem construção teórica do Tribunal Constitucional Federal Alemão quando da discussão, em sede de controle de constitucionalidade de leis, do direito de acesso ao ensino superior:

¹³² PISCITELLI, Tathiane. *Direito financeiro esquematizado*. Rio de Janeiro: Método, São Paulo, 2012, p. 93.

¹³³ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 206.

A expressão *reserva do possível* (*Voberhalt des Möglichen*) foi desenhada pelo Tribunal Constitucional Alemão no contexto do Segundo Pós-Guerra. O caso paradigma envolvia o debate a respeito da possibilidade de adjudicação de vagas em instituições universitárias.¹³⁴

No caso concreto de acesso ao ensino superior, aquele Tribunal consignou que não se poderia exigir do Estado prestação irrazoável: “Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”.¹³⁵

Desenvolveu-se assim o entendimento de que os direitos sociais prestacionais por exigirem uma conduta positiva do Estado deveriam respeitar a disponibilidade financeira dos cofres públicos previstos no orçamento – “reserva do possível”.

Não se pode afastar da ideia de que os direitos sociais prestacionais geram custos ao Estado, critério que não pode ser desconsiderado, principalmente nos períodos de crise econômica, quando há considerável redução da arrecadação estatal. Entretanto, a reserva do possível deve ser analisada de forma ampla, considerando-se não somente a dimensão fática (disponibilidade financeira).

A reserva do possível possui dupla dimensão, sendo que parte da doutrina¹³⁶ entende que apresenta uma dimensão tríplice e não dupla, incluindo o problema da proporcionalidade da prestação no que se diz respeito a sua exigibilidade.

A primeira dimensão é denominada dimensão fática e está atrelada à disponibilidade de recursos públicos para concretização dos direitos fundamentais, fato que não pode ser desconsiderado quando da aplicação da norma jurídica:

Por outro lado, a *reserva do possível fática* é a ausência de dinheiro nos cofres públicos para prestar os serviços e bens demandados. Em contexto de múltiplas necessidades sociais, de recursos finitos e tributação constitucionalmente limitada, deflui claro que não será possível atendê-las integralmente mediante prestações públicas. Acrescente-se a isto o fato de que as escolhas disjuntivas não devem normalmente ser efetuadas pelos magistrados, o que desconsidera os órgãos de representação política e a autonomia dos cidadãos para decidirem acerca de seu próprio destino, e assim extrai-se a fórmula que proíbe expressamente o ingresso do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas. É inegável a existência da

¹³⁴ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 212.

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

¹³⁶ Op. cit., p. 287.

limitação de recursos nos Estados contemporâneos, mas os efeitos que dela se podem extrair não alcançam a conclusão mencionada.¹³⁷

Ainda neste sentido: “[...], a noção de impossibilidade fática não pode esbarrar numa postura arrogante por parte do Jurista, como se o fenômeno jurídico pudesse prevalecer em qualquer hipótese”.¹³⁸

Não pode ser contestado que o Estado dispõe de recursos limitados para serem aplicados, recursos estes consignados no orçamento, não podendo o gestor extrapolar limites sob pena de responsabilização.

Assim, o gestor depende da real existência dos recursos (“recursos em caixa”) para que se possa cumprir as determinações judiciais:

Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos.¹³⁹

Inexistindo a reserva orçamentária, o gestor público se vê impedido faticamente de realizar qualquer espécie de despesa, inclusive aquelas originadas das decisões judiciais, não havendo dúvidas pela aplicação do princípio referido:

Ainda sobre o tema, para finalizar, deve-se considerar a hipóteses *in extremis* de inexistência de dinheiro nos cofres públicos. Neste caso, a reserva do possível fática deixaria de ser uma mera presunção (como tem funcionado, quando acolhida) e convolar-se-ia em um fato comprovado no curso do processo judicial.¹⁴⁰

A segunda dimensão refere-se à dimensão denominada jurídica, ou seja, a possibilidade de disposição dos recursos pelo gestor público estar prevista em lei ou mesmo que não haja qualquer impeditivo legal a esta disposição:

Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também

¹³⁷ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito* – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 140/141.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 351.

¹³⁹ Op. cit., p. 286.

¹⁴⁰ Op. cit., p. 144.

deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes.¹⁴¹

No que se refere à saúde, o tema assume fundamental importância ante a existência de diversas determinações judiciais que colocam o gestor público em conflito com o que dispõe a lei, como por exemplo, os procedimentos e prazos previstos na Lei nº. 8.666/93, denominada Lei das Licitações, a aquisição de medicamentos sem a devida aprovação da ANVISA, entre outros.

As dimensões da reserva do possível não podem ser apreciadas de forma isolada pelos aplicadores do direito, pelo caráter de complementariedade no que se refere aos direitos sociais prestacionais:

Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.¹⁴²

A reserva do possível não pode ser desconsiderada pelo Poder Judiciário quando da efetivação de direitos fundamentais. Ambas as dimensões devem ser analisadas, sob pena de se impor determinações impossíveis (fática e juridicamente) de serem cumpridas pelo gestor público, o que inegavelmente acarretará crime de desobediência por parte deste e/ou a imposição de multas em desfavor do erário.

3.2 – EXCESSIVA JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Nas últimas décadas, verificou-se um aumento do número de ações ajuizadas referentes ao direito à saúde, notando-se uma mudança na postura do Poder Judiciário, que vem dando cada vez mais efetividade à Constituição da República de 1988. Temas que antes eram de competência exclusiva do Poder Executivo passaram a ter sua decisão final no Poder Judiciário. Tem-se, então, dois fenômenos: a excessiva judicialização de políticas públicas e o ativismo judicial, que influenciam diretamente na atuação do gestor público.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 286.

¹⁴² Op. cit., p. 286/287.

Primeiramente, deve-se partir da premissa que os conceitos de ambos os fenômenos não podem ser confundidos, apesar de serem temas relacionados:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...]. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...].¹⁴³

A Constituição da República de 1988 representou uma mudança de paradigma, já que houve a constitucionalização de forma expressa de diversos direitos sociais não previstos nos textos constitucionais anteriores. Ainda, tem-se a consolidação da doutrina quanto à efetividade das normas constitucionais, ou seja, as normas constitucionais possuem aplicabilidade direta e imediata, devendo-se dar ao texto constitucional a maior amplitude possível.

Como alhures exposto, ao Poder Judiciário tem sido atribuída a decisão sobre questões importantes para a sociedade, principalmente aquelas ligadas ao direito à saúde, sendo o cerne da questão a discussão sobre os limites a tal atuação:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.¹⁴⁴

Não se discute que ao cidadão é garantido o direito individual de acesso ao judiciário, a teor do que se verifica no artigo 5º, XXXV da Constituição de 1988. No entanto, o que se tem verificado é que o usuário opta, em diversas situações, em submeter o caso diretamente ao judiciário, mesmo sem submetê-lo ao Poder Público, desconsiderando os procedimentos administrativos existentes. Ele ajuíza demandas em face do Poder Público, com interferência indireta nas políticas públicas concebidas:

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 279.

¹⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo* – 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 437.

O que preocupa, no momento, pela dimensão que vem tomando, é a quantidade de ações individuais em que se pleiteiam medicamentos, exames ou tratamentos médicos, vagas em creches ou escolas. Embora não haja interferência direta com as políticas públicas, na prática se verifica uma interferência indireta, provocada pela grande quantidade de ações desse tipo. O custo global das prestações positivas assim obtidas é de tal ordem que acaba por praticamente obrigar o administrador público a destinar, para esse fim, verbas que estariam previstas no orçamento para atender a outros objetivos. [...].¹⁴⁵

Constata-se que a cada ano aumenta o número de ações que versam sobre o direito à saúde, comprometendo todo o planejamento voltado para área, que tem o orçamento “engolido” pelas decisões judiciais individuais:

É no mínimo alarmante se deparar com uma situação onde um ente público, mediante decisões judiciais, é compelido a realizar gastos inesperados que superam seu programa de fornecimento de medicamentos gratuitamente, especialmente se considerar o fato que, enquanto o programa público beneficia toda uma coletividade, as despesas em cumprimento de ordens judiciais são para atender interesses quase sempre de uma minoria privada que ingressa em juízo. [...].¹⁴⁶

O administrador público mesmo visando garantir o acesso de toda uma coletividade às ações e serviços públicos de saúde, se vê impossibilitado de tal, ante o fato de que uma minoria que ingressa em juízo ocasiona forte impacto no orçamento que foi dimensionado pensando na coletividade.

Nos termos da Constituição da República, o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantido por políticas sociais e econômicas e não por decisões individuais de entrega de medicamentos ou deferimento de procedimentos. O ativismo judicial, inclusive, contribui para o chamado “efeito dominó”:

Para analisar os argumentos suscitados, é importante esclarecer, preliminarmente, que o ativismo não se limita à mera atividade de criação do juiz. Isso porque uma decisão judicial deve ser considerada inclusive no “efeito dominó” que pode ocasionar.¹⁴⁷

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos*. 28 de mai. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 13 mar. 2018.

¹⁴⁶ SILVA, Juvêncio Borges; JUCATELLI, João Paulo. *Judicialização da saúde, ativismo judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público*. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 7, nº 1, 2017 p. 101. Disponível em: <www.uniceub.br>. Acesso em 11 jun. 2018.

¹⁴⁷ NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. *Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 215. Disponível em: <www.uniceub.br>. Acesso em 27 dez. 2017.

Por efeito dominó compreende-se o efeito gerado pelo deferimento de determinado medicamento/procedimento não previsto nas políticas públicas a um determinado indivíduo. Tão logo a sociedade toma conhecimento da possibilidade de obtenção via ordem judicial, busca a tutela jurisdicional visando garantir este mesmo direito, ocasionando um grande número de demandas em face do Estado com comprometimento do orçamento aprovado no exercício anterior.

Alguns denominam esse efeito como “sistêmico”, que pode ser substancialmente prejudicial ao desenvolvimento das políticas públicas:

Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Poder Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça no caso concreto, a micro-justiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.¹⁴⁸

Não se discute a importância do ativismo judicial desde que seja em caso de omissão do Poder Público em garantir a efetivação das políticas públicas. Contudo, o que se verifica é que mesmo existindo políticas públicas (a teor das listas de medicamentos disponibilizadas pela rede SUS), desconsideram-se todo o planejamento e estudos realizados pela rede pública em prol de uma questão isolada, não raro baseada em receituário advindo da rede privada de saúde, em detrimento de toda uma coletividade:

Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento do cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.¹⁴⁹

Outro fator que contribui para a judicialização excessiva é o avanço da indústria farmacêutica na disponibilização de novos tratamentos/medicamentos. Os pacientes são levados a crer que os “novos” medicamentos/tratamentos são mais eficazes do que aqueles já

¹⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo* – 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 445.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Jurisprudência mineira, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, jan/mar, 2009, p. 45. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em 04/06/2018.

disponibilizados pela rede SUS, o que nem sempre ocorre, sendo o judiciário a via buscada para solução da lide. A classe médica é utilizada pelos laboratórios – que muitas das vezes patrocinam viagens e congressos – como porta voz, fazendo o *link* com a sociedade.

O mesmo ocorre em relação aos medicamentos/tratamentos comercializados em outros países, muitos em fase de testes, que não possuem sequer registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e, mesmo assim, tem o uso deferido pelo judiciário. Neste ponto, o ativismo judicial acaba por desconsiderar, também, a imposição legal de prévia aprovação pelo órgão competente, tema que será aprofundado no tópico seguinte.

É inegável, ainda, o alto custo dos novos tratamentos/medicamentos em comparação àqueles medicamentos constantes das listas do SUS, com comprometimento do orçamento voltado a atender toda uma coletividade, sendo mais uma distorção ocasionada pela indiscriminada judicialização da saúde:

O pesquisador alerta que uma política responsável nessa área envolve prioridade às comprovações científicas, e jamais em remédios e tratamentos duvidosos. O problema da judicialização, afirma, é que ela passa por cima de tudo — protocolos, listas da agência reguladora, conselhos, normas etc.. O ideal, segundo Wang, é “nunca perder a dimensão do coletivo, olhar as necessidades do indivíduo dentro do coletivo”.¹⁵⁰

O ativismo judicial – de forma totalmente discricionária – deve ser coibido: “ninguém deseja o Judiciário como instância hegemônica e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa”.¹⁵¹

O Administrador Público não pode ficar ao alvedrio das decisões de outro Poder que ultrapassam questões técnicas, orçamentárias, entre outras, acentuando e/ou gerando a insegurança jurídica. O mínimo que se exige são decisões judiciais moderadas, levando-se em conta prudência quanto aos seus efeitos.

Ademais, a judicialização excessiva em nada contribui com o desenvolvimento das políticas públicas de saúde à medida que são atendidas questões isoladas, dificultando o planejamento estatal e a eficiência da máquina administrativa na prestação do serviço público referenciado.

¹⁵⁰ CREPALDI, Thiago; MORAES, Claudia. *Judicialização da saúde beneficia mercado e prejudica sociedade, diz pesquisador*. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 12 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/judicializacao-saude-beneficia-mercado-pesquisador>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

¹⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo* – 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 443.

A não observância dos procedimentos administrativos (principalmente em relação às listas de medicamentos) pelo judiciário suscita a discussão da invasão de competência atribuída a outro poder, com violação ao Princípio da Separação dos Poderes, previsto na Constituição da República de 1988.

3.3 – DAS LISTAS ADMINISTRATIVAS DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS, APROVAÇÃO DE MEDICAMENTOS PELA ANVISA E INOBSERVÂNCIA QUE CONFIGURA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como forma de garantir o amplo acesso às ações e serviços de saúde, o Ministério da Saúde elabora as listas de medicamentos que são essenciais à população, visando uma maior segurança ao indivíduo e maior eficiência da máquina administrativa no atendimento aos preceitos constitucionais:

A lista é um instrumento jurídico, aprovado por normas jurídicas, com base em previsão legal de competência e conteúdo e não mera recomendação de caráter técnico ou político. As prioridades no uso dos recursos disponíveis, dadas pelo mecanismo das listas, são tão revestidas de juridicidade como as decisões de interesse individual.¹⁵²

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME – encontra previsão legal no Decreto nº. 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei nº. 8.080/90, especificamente em seu artigo 25: “A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS”.¹⁵³

Além da lista RENAME, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem elaborar listas específicas e complementares de medicamentos, a teor do que se observa do disposto no parágrafo Único do artigo 27, ampliando assim o rol de medicamentos à disposição da coletividade.

Como forma de garantir a eficácia da lista em compasso com a evolução científica medicamentosa, a RENAME passa por atualizações a cada dois anos:

¹⁵² BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 60.

¹⁵³ BRASIL, Decreto nº. 7.508 de 28 de junho de 2011.

Art. 26. [...]

Parágrafo único. A cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME, do respectivo FTN e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.¹⁵⁴

No âmbito do Ministério da Saúde, fica a cargo da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC – a propositura da atualização da lista RENAME, conforme exposto no artigo 2º, do Decreto nº. 7.646, de 21 de dezembro de 2011:

Art. 2º A CONITEC, órgão colegiado de caráter permanente, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, tem por objetivo assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.¹⁵⁵

Trata-se de órgão técnico composto por Plenário e Secretaria-Executiva, sendo composto o primeiro por membros do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Conselho Nacional de Saúde, Conselho Nacional de Secretários de Saúde, Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde e Conselho Federal de Medicina, a teor do disposto no artigo 7º do Decreto nº. 7.646/2011.

Nota-se, assim, que o Estado, através de Comissão capacitada tecnicamente, adota medidas concretas na efetivação do direito à saúde, sendo que baseado em critérios técnicos busca eleger os medicamentos necessários para o tratamento das doenças que atingem a população brasileira.

Importante destacar que as listas configuram atendimento do postulado do mínimo existencial:

De certa forma, a inclusão do medicamento nas listas poderia, salvo as anomalias próprias do processo político, ser entendida como a consagração do *mínimo existencial*: escolhendo os fármacos e terapias que representem melhores ou iguais resultados com menor custo e igual ou melhores *eficácia* e *segurança*, a autoridade administrativa elege aquilo que se compreende como o *mínimo* para que o jurisdicionado mantenha sua saúde íntegra e qualificada. A observância do conteúdo das listas em apreço parece coadunar com o *mínimo existencial*, podendo consistir em um parâmetro concreto a nortear a decisão judicial.¹⁵⁶

¹⁵⁴ BRASIL, Decreto nº. 7.508 de 28 de junho de 2011.

¹⁵⁵ BRASIL, Decreto nº. 7.646 de 21 de dezembro de 2011.

¹⁵⁶ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 261.

A RENAME configura meio importante para efetivação do direito à saúde coletivamente considerado. As necessidades da sociedade são inesgotáveis, sendo inegável a velocidade do surgimento de novos medicamentos/tratamentos. Contudo, o Poder Judiciário não pode desconsiderar a relação de medicamentos sob pena de se invadir área a qual não detém conhecimento técnico, havendo, assim, sobreposição indevida de um poder sobre o outro. Ou seja, formula-se uma política pública em saúde (baseada em estudos técnicos) através de órgão competente para tal, órgão este vinculado ao Poder Executivo, que é desconsiderada quando da análise de um caso concreto individual analisado pelo Poder Judiciário.

Além disso, o Estado constantemente se vê compelido a entregar medicamentos que não constam da lista aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA –, medicamentos estes importados e nacionais que não foram submetidos aos procedimentos de aprovação perante a agência competente.

A ANVISA foi criada pela Lei nº. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, sendo uma autarquia sob regime especial, a teor do artigo 3º:

Art. 3º Fica criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, prazo de duração indeterminado e atuação em todo território nacional.¹⁵⁷

A Agência foi criada com o objetivo de proteger a saúde da população, já que verifica a eficácia e segurança dos medicamentos. Nos termos do artigo 6º, a ANVISA tem

[...] por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos, fronteiras.¹⁵⁸

Verifica-se que a aprovação do medicamento pela agência responsável configura não uma mera burocracia do Estado, mas um meio de proteção da coletividade, evitando-se que circule medicamento no mercado que possa ser prejudicial à saúde, já que de eficácia duvidosa, eis que não submetido aos testes básicos exigidos nacionalmente.

A Lei nº. 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, entre

¹⁵⁷ BRASIL, Lei nº. 9.782 de 26 de janeiro de 1999.

¹⁵⁸ Op. cit.

outros, estabelece no seu artigo 12 que “[...] nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”.¹⁵⁹

Não havendo a aprovação do medicamento pela agência responsável, como pode uma decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa neste sentido? Trata-se de procedimento de caráter tipicamente administrativo da ANVISA, componente do Poder Executivo, não sendo legítima a usurpação desta competência pelo Poder Judiciário. É preciso ser estabelecido um limite, respeitando-se as decisões técnicas:

Na busca por limites à intervenção jurisdicional no trato da saúde, é hora de se propor a observância de um parâmetro mais técnico e afeito às questões próprias desse direito social, notadamente considerando seu caráter curativo: a necessidade de que o equipamento médico, ou mais sensivelmente, o medicamento ou terapia postulado possuam licença prévia de comercialização ou realização, ou seja, registro no órgão competente.¹⁶⁰

Ambas as situações – deferimento judicial de medicamentos fora da lista RENAME e sem aprovação pela ANVISA – demonstram violação pelo Poder Judiciário ao princípio da separação dos poderes. Destaca-se que compete ao Poder Executivo a formulação de políticas públicas:

O Poder Executivo detém, no sistema constitucional brasileiro, a iniciativa privativa de projetos que impliquem comprometimento orçamentário ou a estruturação de serviços públicos, com a contratação de pessoal com recursos públicos (CF, art. 61, § 1º, II, *a, b e e*). Esse protagonismo especial incide sobre projetos de lei e medidas provisórias e, por força do poder regulamentar (CF, art. 84, VII), sobre as normas de organização dos serviços necessários à execução dos programas, na forma de decretos, portarias e outras disposições infralegais.¹⁶¹

O princípio da separação dos poderes encontra previsão expressa nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição da República de 1988, sendo considerada cláusula pétrea, ou seja, limitação material ao poder de reforma constitucional:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. [...]

¹⁵⁹ BRASIL, Lei nº. 6.360 de 23 de setembro de 1976.

¹⁶⁰ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 253.

¹⁶¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 40.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes; [...] ¹⁶²

O Princípio da Separação dos Poderes remonta à clássica lição de Montesquieu estando fundado na ideia de limitação e controle de poderes, evitando que o poder esteja concentrado em determinada pessoa ou órgão:

Trata-se, pois, de um conceito que tem por base a ideia de limitação, baseada na fórmula clássica de Montesquieu segundo a qual o poder deve *freiar* o poder. Resultado: quaisquer tentativas no sentido de instaurar *instâncias hegemônicas de poder* padecerão do vício de inconstitucionalidade, pois o escopo do constituinte foi claro: neutralizar, no âmbito político-jurídico do Estado, qualquer possibilidade de dominação institucional por parte dos Poderes da República. O pórtico em análise funciona como parâmetro de observância indispensável à exegese das normas constitucionais, sendo uma das vigas-mestras da Constituição de 1988. ¹⁶³

Embora o poder seja uno, a Constituição da República de 1988 concedeu a cada um dos Poderes determinada parcela de poder. Ao Poder Legislativo compete o poder de criar leis e exercer a fiscalização contábil, financeira e orçamentária dos demais Poderes da República. O Poder Executivo tem como competência constitucional o poder de administrar a “coisa pública”, definindo, assim, as políticas públicas, direcionando o uso dos recursos públicos com base em estudos realizados organizada e racionalmente, identificando as demais necessidades prementes da sociedade e executando medidas que visam saná-las. Por fim, ao Poder Judiciário compete, preponderantemente, a função de conhecer, processar e julgar os conflitos de interesses:

É a constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas. Dois deles recebem atribuições essencialmente políticas: o Legislativo e o Executivo. Ao Legislativo toca, precipuamente, a criação do direito positivo. Já o Executivo, no sistema presidencialista brasileiro, concentra as funções de chefe de Estado e chefe de governo, conduzindo com razoável proeminência apolítica interna e externa. [...]. Já ao Poder Judiciário são reservadas atribuições tidas como fundamentalmente técnicas. [...] A atribuição típica do Poder Judiciário consiste na aplicação do Direito a situações em que tenha surgido uma disputa, um litígio entre as partes. ¹⁶⁴

¹⁶² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁶³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 516.

¹⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo* – 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 449/450.

Estabeleceu-se este sistema para se evitar a indesejada ingerência de um dos Poderes em outro. Respeitadas as competências previstas na Constituição Federal, o sistema permanecerá em perfeito equilíbrio.

O sistema foi assim concebido para que as tarefas públicas sejam exercidas pelo órgão que detenha maior capacidade técnica de exercê-la. O empoderamento de determinado Poder em detrimento dos demais conduz à possibilidade de arbitrariedade:

Em termos genéricos, o princípio da separação de poderes impõe a decomposição do poder político em múltiplos órgãos estatais, titularizados por diferentes pessoas, fundamentando-se na ideia simples, mas poderosa, de que a sua concentração favorece o arbítrio.¹⁶⁵

Nota-se que a lista RENAME e a aprovação dos medicamentos pela ANVISA são procedimentos administrativos previstos em lei, o que deve ser respeitado pelo Poder Judiciário, sob pena de incorrer em violação ao Princípio da Separação dos Poderes. Ao não respeitar tais funções, as decisões judiciais interferem no próprio funcionamento da máquina administrativa estatal:

[...] imagine um guarda de trânsito situado em um cruzamento de ruas. Ele é a autoridade competente e mais apta para gerir o fluxo de trânsito do local. O guarda pode verificar *in concreto* qual das vias possui maior demanda de utilização, e assim definir o tempo ideal que cada uma delas terá de aguardar a outra, evitando congestionamentos e acidentes. [...]

Em seguida, o professor norte-americano sugere que, em matéria de políticas públicas, os juízes são como o guarda de trânsito no cruzamento, *i.e.*, incapazes de ver o todo. Mesmo que algumas teses jurídicas disponíveis lhes reconheçam alguma legitimidade para adentrar em tais questões, ainda assim eles não teriam a necessária visão de conjunto que permitisse dar tratamento sistêmico às políticas públicas voltadas a direitos prestacionais. Ao fornecer um medicamento ou determinar a internação de um doente em um hospital público, o juiz acaba por retirar o dinheiro correspondente a estas prestações de outras finalidades públicas, causando prejuízo a todo o sistema. [...].¹⁶⁶

Esta *expertise*, ou seja, qual dos Poderes detém competência legal para apreciar determinada situação, deve ser levada em consideração quando da prolação de decisões judiciais. É o que se denomina de capacidade institucional. Neste sentido:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas

¹⁶⁵ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158.

¹⁶⁶ Op. cit., p. 180/181.

envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico.¹⁶⁷

Somente em caso de decisão técnica totalmente irrazoada é que poderia haver um controle judicial, o que não ocorre na maioria dos casos, eis que baseadas em estudos realizados por profissionais capacitados de diversas áreas. Agir de forma distinta acarreta violação ao disposto no artigo 2º da Constituição da República.

Ademais, as decisões judiciais individuais em sede de direito à saúde em descompasso com as políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Executivo podem levar ao comprometimento das ações voltadas ao interesse coletivo:

O grande risco da concessão judicial indiscriminada na área dos direitos sociais é que o *summum jus* (concessão de um direito individual mal investigado) se transforme em *summa injuria* (interesse coletivo desprotegido). Isto sem falar que o juiz se substitui ao Legislativo e ao Executivo na implementação de políticas públicas, concentrando em suas mãos uma parcela de cada um dos três Poderes do Estado, com sérios riscos para o Estado de Direito e para a segurança jurídica.¹⁶⁸

Desta forma, analisar-se-á a necessidade de uma mudança de postura do Poder Judiciário, atuando de uma forma mais proporcional, como forma de se garantir a estabilidade das relações referentes às políticas públicas de saúde.

3.4 – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Em matéria de efetivação dos direitos fundamentais prestacionais pelo Poder Judiciário, o princípio da proporcionalidade assume importância como parâmetro limitador, servindo como forma de controle da decisão judicial quanto ao aspecto do equilíbrio da decisão, evitando, assim, a imposição de medidas que se mostram impossíveis de serem cumpridas, seja do ponto de vista econômico ou material da prestação.

Primeiramente, parte da doutrina¹⁶⁹ concebe que o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade apresentam conceitos próximos, razão pela qual descaberia a

¹⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo* – 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 445.

¹⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos*. 28 de mai. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 13 mar. 2018.

¹⁶⁹ Op. cit., p. 289.

distinção terminológica. Contudo, tal raciocínio não prevalecerá no presente estudo, sendo abordado o princípio da proporcionalidade considerado distinto do princípio da razoabilidade.

A Constituição da República de 1988 não traz previsto expressamente o princípio da proporcionalidade, tendo o mesmo sido positivado na legislação infraconstitucional, a teor do que dispõe o artigo 2º, da Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.¹⁷⁰

No entanto, entende-se que o postulado da proporcionalidade encontra guarida no princípio constitucional do devido processo legal, princípio que norteia a aplicação de todos os demais princípios aplicáveis no campo processual:

Essa decisão parece consolidar o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo que teria sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, LIV).¹⁷¹

Não se pode ainda deixar de destacar que o Código de Processo Civil – Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015 – expressamente previu o princípio da proporcionalidade, sendo imperioso ao juiz, quando da aplicação do ordenamento, observar o princípio em voga:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.¹⁷²

Trata-se ainda de um princípio geral do direito que visa proteger a sociedade e os próprios poderes das lesões e arbitrariedades:

Mas é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional.¹⁷³

¹⁷⁰ BRASIL, Lei nº. 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 224.

¹⁷² BRASIL, Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015.

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* - São Paulo: Malheiros, 2004, p. 435.

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo é subdividido em subprincípios, sendo eles, segundo abalizada doutrina¹⁷⁴: princípio da conformidade ou adequação de meios, da exigibilidade ou da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da adequação corresponde à análise de ser a medida apropriada ao fim que se propõe com o ato. Pelo princípio da necessidade, verificar-se-á se para se atingir o mesmo fim não haveria uma forma menos gravosa. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito leva em consideração a proporcionalidade da medida:

Está aqui em causa o **princípio da proporcionalidade em sentido restrito**, entendido como princípio da “justa medida”. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.¹⁷⁵

Nos casos concretos que versam sobre direito à saúde postos a juízo, a aplicação do princípio da proporcionalidade assume fundamental importância, principalmente quando são demandados medicamentos de altíssimo custo ou outros tratamentos não previstos nas listas administrativas elaboradas pelo Poder Executivo:

[...] É preciso, então, no caso concreto, examinar se a medida, ao mesmo tempo, não é excessiva de forma a prejudicar uma série de outros indivíduos e em que grau de prejuízo, e se ela representa o patamar mínimo para o atendimento do direito postulado.¹⁷⁶

O magistrado, quando da análise da demanda, não deve se ater somente à letra da lei, realizando um juízo de ponderação entre o direito à saúde, ligado ao direito à vida e o princípio da reserva do possível, devendo ir além na busca da “justa medida” à solução do caso concreto.

Não se pode desconsiderar que o princípio em voga vincula a atuação de todos os poderes, inclusive do Poder Judiciário, que não pode inovar no ordenamento jurídico de forma livre, em descompasso com os preceitos constitucionais:

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de

¹⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 269/270.

¹⁷⁵ Op. cit., p. 270.

¹⁷⁶ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 245.

autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro.¹⁷⁷

A atuação jurisdicional de forma proporcional, sem adentrar na esfera de competência do Poder Executivo, que detém a competência de formular políticas públicas, além de dar concretude ao Princípio da Separação dos Poderes, respeita as diretrizes traçadas pela Carta constitucional.

Toma-se como exemplo uma demanda judicial para o fornecimento de um medicamento de alto custo – v.g. Soliris, princípio ativo Eculizumabe – com custo médio de R\$ 21.000,00 (vinte e um mil reais) a dose de 10 mg/ml.¹⁷⁸ O tratamento mensal com o medicamento citado gira em torno de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais)¹⁷⁹, totalizando um custo anual de R\$ 1.440.000,00 (um milhão, quatrocentos e quarenta mil reais).

Neste ponto o princípio da proporcionalidade assume importância, principalmente quando demandados os pequenos municípios que possuem orçamento anual que sequer poderia atender a um único paciente. Como poderia o administrador do citado município arcar com tão elevada demanda sem comprometer com o funcionamento de toda a máquina administrativa que é voltada para toda uma coletividade.

Mesmo que o ente estatal possua condições de arcar com o tratamento, não seria proporcional um único paciente ter acesso a parte significativa do orçamento voltado para atender a toda uma gama de pessoas que dependem da saúde pública:

Além disso, como já abordado, os recursos estatais são limitados, o que significa que a entrega de um bem ao indivíduo, pelo Estado, em tese implicará o não atendimento de outra pretensão legítima de indivíduo ou grupo diversos. [...]. Ao determinar o gasto com um tratamento hospitalar de longo prazo, o magistrado poderá conduzir à realocação forçada de recursos que originalmente estavam afetados a outra rubrica orçamentária, como, por exemplo, à construção de casa populares. O primeiro passo para que o juiz adote a razoabilidade e a ponderação como parâmetros decisórios em tema de políticas públicas é a sua consciência de que situações como aquela exemplificada neste parágrafo não são puramente teóricas ou retóricas.¹⁸⁰

¹⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* - São Paulo: Malheiros, 2004, p. 436.

¹⁷⁸ BRASIL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA+CONFORMIDADE_2018-06-15.pdf/2a7ccd81-7baf-4be1-9758-743589bcc570>. Acesso em: 19 jun. 2018.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Cinthya. *Pacientes recorrem à justiça para ter tratamentos caros; gastos cresceram 1.000% nos últimos 7 anos*. Hoje em dia, Minas Gerais, 14 abr. 2017. Disponível em: <<http://hojeemdia.com.br>>. Acesso em 19 jun. 2018.

¹⁸⁰ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 246.

Agir de forma contrária ao acima exposto acarreta, inclusive, ofensa ao princípio da isonomia e da universalidade previstos na Constituição da República de 1988. Sob o pretexto de garantir o direito de um cidadão, acaba por prejudicar diversos outros que também dependem das políticas públicas voltadas para a área da saúde:

Tal impossibilidade é ainda mais relevante se for levado em conta que decisões judiciais manifestadas em casos individuais sempre se dão em detrimento de outros, o que acontece porque o Erário é limitado e todas as vezes que se procede a uma alocação forçada, tipicamente oriunda de uma decisão judicial condenatória (ainda que provisória), retira-se dinheiro de uma rubrica para fazer frente ao cumprimento do preceito judicial. Por isso que a medida individual é *disfuncional*: sob os propósitos do constitucional e intangível direito de ação, ela se leva a situações que, longe de beneficiar, prejudicam de veras a população, gerando anomalias que deturpam o verdadeiro significado das normas constitucionais que garantem prestações sociais, sobretudo quando verificadas ocorrências de manipulação dolosa de ações judiciais para beneficiar interesses privados.¹⁸¹

Deve o Poder Judiciário agir pautado no princípio da proporcionalidade, evitando excessos que possam comprometer as políticas públicas existentes. Cabe ao Magistrado uma ponderação no sentido de se evitar imposições desproporcionais que comprometam outras atividades desempenhadas pelo Estado.

¹⁸¹ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 277.

4 - EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ANÁLISE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS Nºs 566471 e 657718.

Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, diante da nova perspectiva quanto ao direito à saúde, tratado como direito fundamental prestacional, o tema vem sendo cada vez mais judicializado, devendo o Poder Judiciário dar uma solução ao caso concreto posto a juízo.

Embora o sistema constitucional permita a todos os juízes a interpretação dos preceitos constitucionais – o chamado controle difuso de constitucionalidade de forma incidental –, analisar-se-á a evolução do tema, abordando-se os principais momentos na jurisprudência, sendo, posteriormente e de uma forma mais específica, realizada a análise dos votos já proferidos nos recursos extraordinários nº. 566471 e 657718 pelos Ministros do Colendo Supremo Tribunal Federal – STF, eis que este se encontra no topo de todo sistema:

A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema.¹⁸²

O STF possui suas atribuições dispostas no artigo 102 da Constituição da República, possuindo competência originária e recursal. Através da competência originária realiza-se o denominado controle concentrado de constitucionalidade, e através da competência recursal, julga o recurso ordinário constitucional ou o recurso extraordinário, analisando neste último caso, entre outros, a decisão que contraria dispositivo da Constituição da República de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 43.

a) contrariar dispositivo desta Constituição;
[...]¹⁸³

Compreendidas as atribuições do STF de forma objetiva, sem se afastar do tema proposto, em relação ao direito à saúde, o Tribunal vem, há algumas décadas, explorando o assunto e fornecendo subsídios aos demais membros do Poder Judiciário e aos outros Poderes.

As decisões da Corte Constitucional servem de parâmetro para a tomada de decisões, especialmente ao Poder Executivo. Este, baseado na interpretação da mais alta Corte, pode, com maior margem de segurança, melhor planejar suas ações voltadas ao atendimento das necessidades em saúde da coletividade.

Analisando as decisões paradigma sobre o tema, notam-se fases bem distintas na interpretação ao artigo 196 da Constituição da República, havendo constante evolução do tema:

Ao longo dos anos, nota-se uma evolução na dialética envolvendo juízes e fornecimento forçado de ações e providências de saúde na mais alta Corte da República. Pode-se destacar, claramente, três momentos na jurisprudência do STF nesse tocante: um incipiente, em que a Corte discutia se o Judiciário poderia syndicar políticas públicas (e se direitos sociais eram sindicáveis, duas faces da mesma moeda); um momento de amadurecimento, em que, ultrapassada a primeira questão, o STF passou a conceber medidas de saúde com base no argumento linear; e, enfim, um terceiro momento, em que a Suprema Corte compreendeu que o argumento linear não bastava, e que questões de saúde eram muito mais complexas e multifacetárias do que a aplicação pura, simples e combinada dos arts. 6º, 196 e 197 da Constituição.¹⁸⁴

Os dois principais julgados a amparar a primeira e a segunda fases são o AI 238328 AgR/RS, julgado em 16/11/1999, e o AgRegRe 271.286/RS, julgado em 24/11/2000, nos quais se nota que o STF já se deparava com o fenômeno da judicialização da saúde:

A inércia governamental no tocante à implementação de políticas públicas voltada à área da saúde é bem antiga. Em uma retrospectiva na jurisprudência do STF no tocante à concessão de medicamentos, observa-se ações proativas do Tribunal em criar mecanismos para garantir esse direito. No AI 238328 AgR / RS, j. em 16/11/1999, rel. Ministro Marco Aurélio, o STF adotou a política de concessão de medicamentos: “a Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida”. Observa-se que já no ano de 1999 a questão da judicialização da

¹⁸³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁸⁴ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 180.

saúde já era tema em pauta no Supremo Tribunal, ressaltando-se que o posicionamento adotado à época era voltado à interpretação extensiva do direito fundamental à saúde, considerando-se que a escassez e limitação de recursos públicos não fica em evidência nos julgados supramencionados.¹⁸⁵

Contudo, baseado nos entendimentos primevos, e pelo amplo acesso às informações, facilitado pelo avanço da tecnologia, principalmente pela rede mundial de computadores, a internet, aumentou-se de forma exponencial o número de ações ajuizadas em face do Poder Executivo pleiteando tratamentos e medicamentos, com decisões judiciais lineares fundadas no entendimento até então consolidado de que a saúde é direito público e subjetivo e que a norma do artigo 196 da CR/88, apesar de norma programática, não permitia ao Poder Público inércia em adotar medidas para efetivá-lo.

O STF passou a perceber que as demandas ajuizadas não se referiam à ausência de política pública na área da saúde, sendo que diversas das decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário sobre o tema desrespeitavam as políticas implementadas e efetivadas pelo Poder Executivo:

[...] Todavia, as decisões judiciais relativas à matéria eram, muitas das vezes, contrastantes com as políticas previstas e executadas, e iam além das forças do orçamento. Por isso era necessário racionalizar o acesso judicial à saúde. Era a admissão, pela mais alta Corte do Brasil, que o argumento linear não era válido para sindicatar racionalmente e juridicamente políticas de saúde.¹⁸⁶

Nota-se uma mudança de postura da Corte Suprema nos últimos anos, principalmente no que diz respeito às condicionantes para efetivação do citado direito, incluindo-se aspectos técnicos como forma de deferimento de ordens judiciais:

Constatar-se-á como a Corte Suprema evoluiu no trato do tema, partindo de uma fundamentação de *tudo-ou-nada* para uma argumentação muito mais técnica e condizente com as peculiaridades do direito a saúde – embora seus ecos ainda sejam incipientemente ouvidos pelos demais magistrados.¹⁸⁷

A análise de ambos os recursos que se propõe é de importância ímpar considerando-se que a eles foi reconhecida a repercussão geral quanto ao tema, nos termos do §3º, do art. 102, da CR/88:

¹⁸⁵ COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. *Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo*. Brasília: Rev. Bras. Polít. Públicas, v. 7, nº 3, 2017 p. 858. Disponível em: <<https://www.uniceub.br>> Acesso em: 11 jun. 2018.

¹⁸⁶ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 183.

¹⁸⁷ Op. cit., p. 151.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Acrescentado pela EC nº 45, de 2004).¹⁸⁸

A Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, denominado Código de Processo Civil, dispôs sobre o recurso extraordinário nos artigos 1.029 e seguintes, tratando especificamente da repercussão geral no artigo 1.035, sendo que as alegações de violação à CR/88 devem ultrapassar os limites do caso concreto posto a juízo, atingindo a coletividade:

A importância da repercussão geral para o recurso extraordinário vem prestigiada no art. 1.035, do CPC. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá de recurso extraordinário que não tenha matéria reconhecida como repercussão geral, a qual se configura com a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, as quais ultrapassam os interesses das partes do processo. A repercussão geral deve ser demonstrada em capítulo do recurso extraordinário, competindo ao Supremo Tribunal Federal, em caráter exclusivo, verificar se a mesma está presente no caso concreto.¹⁸⁹

A decisão em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida permite que ela seja replicada a todos os casos postos a juízo e que possuem o mesmo objeto, sendo fator voltado a garantir uma racionalização e celeridade na prestação jurisdicional, respeitando-se, assim, o princípio constitucional da celeridade processual, disposto no artigo 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.¹⁹⁰

No tocante ao recurso extraordinário nº. 566471, discutir-se-á se o Estado é obrigado ou não ao fornecimento de medicamentos de alto custo a indivíduos que não possuem condições econômicas para sua aquisição, com repercussão geral reconhecida:

SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.¹⁹¹

¹⁸⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁸⁹ NETO, Elias Marques de Medeiros. Recurso especial e recurso extraordinário. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; NETO, Elias Marques de Medeiros; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil*: volume 3: tutela executiva e tutela recursal. São Paulo: Editora Verbatim, 2018, p. 822/823.

¹⁹⁰ Op. cit.

¹⁹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Recurso Extraordinário nº. 566471, DJ: 15-11-2007. Disponível em:

Em relação ao Recurso Extraordinário nº. 657718 se discute, com fundamento em preceitos constitucionais, a possibilidade ou não de o Estado ser compelido ao fornecimento de medicamento não registrado junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, sendo também reconhecida a tese da repercussão geral:

SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.¹⁹²

Importante destacar que nos recursos extraordinários 566471 e 657718, conforme aduzido nos votos proferidos pelo Ministro Relator Marco Aurélio, apesar de o caso concreto não mais estar em análise (no primeiro caso, pelo fato do medicamento ter sido incluído na lista RENAME; e o segundo caso, pelo registro do medicamento pela ANVISA), não há o que se falar em perda do interesse, eis que reconhecida a repercussão geral, caberia a análise do Supremo por inteligência do disposto no artigo 998, § único, do Código de Processo Civil:

Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.
Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.¹⁹³

Adentrando-se na análise do voto proferido pelo Ministro Relator na análise conjunta dos recursos extraordinários, pode-se notar que se admite a necessidade de condicionantes para o deferimento judicial de prestações na área da saúde, bem como a necessidade de registro destes insumos perante a Agência responsável.

No tocante aos medicamentos de alto custo, propôs o Relator condicionantes para o deferimento através de ordem judicial:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000555&base=baseRepercussao>> Acesso em: 05 jul. 2018.

¹⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Recurso Extraordinário nº. 657718 /MG, Tribunal Pleno, DJ: 17-11-2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000040&base=baseRepercussao>>. Acesso em 05 jul. 2018.

¹⁹³ BRASIL, Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015.

Proponho a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação de imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.¹⁹⁴

Verifica-se, assim, que foram propostas três condicionantes ao exercício do direito à saúde no tocante aos medicamentos de alto custo e que não estão incluídos nas listas de medicamentos – *v.g.* a lista RENAME, sendo considerada a necessidade de respeito ao Princípio da Proporcionalidade, a demonstração de que os tratamentos já disponibilizados pelo Poder Público não se mostram eficazes, sendo ainda considerado o critério da hipossuficiência do paciente e de sua família solidária (cônjuges, companheiros, ascendentes, descendentes e colaterais), nos termos estabelecido pelo Código Civil.

Após o voto do relator, o Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista do processo, suspendendo o julgamento conjunto dos dois recursos extraordinários para sua apreciação quanto à matéria.

Em 28 de setembro de 2016, em sessão designada para continuidade do julgamento, antes do voto do Ministro Barroso, o Ministro Relator aditou seu voto já proferido analisando a questão do dever Estatal em fornecer ou não medicamentos sem registro junto à ANVISA:

A tese fica rerratificada nos seguintes termos: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso.¹⁹⁵

Assim, o Ministro Relator integrou ao seu voto anterior a necessidade de o medicamento constar do “rol dos aprovados” pela Agência. Logo, sem aprovação da entidade

¹⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Recurso Extraordinário nº. 566471, Voto: 15-09-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

¹⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Recurso Extraordinário nº. 566471, Voto: 15-09-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

administrativa responsável legalmente pelo encargo, no caso, ANVISA, não haveria a possibilidade de dispensação do medicamento.

Iniciando seu voto, o Ministro Barroso asseverou que “o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas pública de saúde”. E continua: “Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser fornecidos pelo Estado a todas as pessoas”.¹⁹⁶

Nota-se no voto uma preocupação com o ativismo judicial desmedido bem como com a necessidade de se verificar, no caso concreto, o impacto que a decisão judicial pode ocasionar no orçamento de determinado ente estatal.

Baseado nas premissas postas, o Ministro Barroso propôs cinco requisitos cumulativos para análise do Poder Judiciário quando da apreciação de pedido de prestações na área da saúde pública:

incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo.¹⁹⁷

Em análise aos requisitos destaca-se a necessidade de verificação da hipossuficiência econômica do paciente e respeito às terapias incorporadas ao SUS, competindo ao paciente a demonstração da ineficácia dos mesmos:

A análise de Barroso estabelece parâmetros no sentido de condenar ações judiciais advindas de direitos sociais não prestados pelo Estado. Se o medicamento consta da lista do SUS e se comprovada sua necessidade e incapacidade financeira do paciente, existe a obrigação do Estado em concedê-lo. Agora, se não foi o fármaco incorporado pelo SUS, não cabe ao Estado o fornecimento.¹⁹⁸

¹⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Min. Luis Roberto Barroso, Recurso Extraordinário nº. 566471, Voto: 28-09-2016. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>>. Acesso em: 28 jun.2018.

¹⁹⁷ Op. Cit.

¹⁹⁸ COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. *Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo*. Brasília: Rev. Bras. Polít. Públicas, v. 7, nº 3, 2017 p. 863. Disponível em: <<https://www.uniceub.br>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

Importante ainda se destacar no voto proferido a proposição quanto à necessidade de observância do diálogo entre o Poder Judiciário e os órgãos técnicos da saúde, seja para deferimento da prestação ou mesmo após o deferimento desta, para análise quanto à possibilidade de incorporação da prestação no âmbito do SUS.

O entendimento pela necessidade de uma maior aproximação entre os Poderes se coaduna com o entendimento da doutrina especializada sobre o tema, já que no tocante às ações e serviços públicos de saúde, os Magistrados, inclusive pela formação, desconhecem grande parte do que é disponibilizado à sociedade:

Mas não basta a busca do magistrado, é preciso que também a Administração coopere com o Judiciário na prestação de informações estratégicas sobre seus planos e programas, e, isso, não somente no curso do processo, mas, sobretudo, antes da lide. Devem ocorrer colóquios entre a Administração e o Judiciário – aqueles membros que efetivamente forem judiciar temas ligados a serviços estatais – para a discussão a respeito das ações ligadas a políticas públicas. Nesse debate, inclusive, o ingresso de médicos e especialista só seria salutar, como ocorreu na audiência pública que teve lugar no Supremo Tribunal Federal, já mencionada neste estudo.¹⁹⁹

No caso dos medicamentos sem registro na ANVISA, o Ministro Barroso estabelece uma regra geral, ou seja, não pode o Estado ser compelido ao fornecimento de tais medicamentos, sendo que em determinados casos propõe uma relativização desta regra, nos termos que se seguem:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.²⁰⁰

Dois aspectos chamam atenção no tocante ao voto: primeiro, a demonstração pelo paciente da inércia do órgão administrativo responsável pela aprovação do medicamento, fixando desde logo o lapso temporal para se efetivar a irrazoabilidade da demora e, segundo, a

¹⁹⁹ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 388.

²⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Min. Luis Roberto Barroso, Recurso Extraordinário nº. 657.718, Voto: 28-09-2016. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versa%CC%83o-final.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

necessidade da ação, em caso de medicamento sem registro, ser distribuída em face da União, eis que a ANVISA, autarquia federal, está vinculada ao Executivo Federal.

Continuando no julgamento dos recursos, o Ministro Luiz Edson Fachin votou pela necessidade de condicionantes, destacando, contudo, a necessidade de razoabilidade das mesmas, divergindo do Ministro Relator e do Ministro Barroso neste ponto em específico. Ressaltou a necessidade de demonstração cumulativa dos requisitos e justificação em caso de inexistência, como forma de subsidiar a decisão judicial.

Quanto aos medicamentos de alto custo, sugeriu os seguintes parâmetros: a) que seja demonstrado o prévio requerimento administrativo junto à rede pública e, ausente este, caberia ao Poder Judiciário, antes da tomada de decisão, a prévia oitiva do gestor público; b) que a prescrição seja preferencialmente por médico da rede SUS; c) a indicação do medicamento por meio do princípio ativo; d) a demonstração da ineficiência do tratamento/medicamento fornecido pela rede SUS; e, e) prescrição médica fundamentada (demonstração da necessidade do tratamento baseada na medicina de evidência) permitindo uma decisão amparada em critérios técnicos pelo Poder Judiciário.

Ao analisar a questão dos medicamentos sem registro na ANVISA, propõe o Ministro Fachin a tese de impossibilidade de dispensação pelo Estado:

No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.²⁰¹

Na mesma data dos votos acima citados e em continuidade do julgamento, o Ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos para análise pela complexidade do tema em discussão, o que ocasionou a suspensão da sessão designada. Contudo, diante do falecimento do citado Ministro e todo o procedimento para nomeação de novo Ministro para o STF, ainda não houve a continuidade do julgamento para que os demais Ministros profiram seus votos.

Independentemente deste fato, pelos votos até agora proferidos, nota-se uma tendência ao estabelecimento de condicionantes ao exercício do direito à saúde. Contudo, diante das divergências existentes entre os votos já proferidos, ainda não é possível se estabelecer um parâmetro seguro ao gestor público, o que contribuiria para o aperfeiçoamento da máquina administrativa no sentido de melhor atender as demandas da saúde.

²⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Min. Luiz Edson Fachin, Recurso Extraordinário nº. 657.718, Voto: 28-09-2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/09/RE657718.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

A continuidade do julgamento com os votos dos demais Ministros e conclusão dos casos inegavelmente propiciará uma segurança jurídica, pressuposto do Estado Democrático de Direito, direcionando comportamentos e permitindo avanços no desenvolvimento das políticas públicas de saúde:

Como princípio do Estado de Direito, a segurança jurídica garante a previsão de comportamentos que devem ser seguidos pela sociedade e que nos são caros, pois definidores do nosso futuro como indivíduos. Podemos citar as normas que regem o enlace matrimonial, as regras para sua dissolução, guarda de filhos, pensão, sucessão. [...]. Permite a previsibilidade — tão necessária ao homem — e a objetividade na interpretação das leis, a partir dos preceitos constitucionais, que instrumentalizam a busca pelo ideal de justiça.²⁰²

Não se discute a importância do Poder Judiciário, em específico do Supremo Tribunal Federal, na efetivação dos direitos fundamentais. Contudo, verifica-se que a Corte Suprema, pelos votos até então proferidos, tem notado a necessidade de limites à atuação jurisdicional sob pena de comprometimento do sistema público de saúde voltado ao atendimento de toda a coletividade:

A intervenção jurisdicional em políticas públicas de hoje em dia vive delicado momento, um momento em que juízes que não estão acostumados, não foram formados e não conseguem raciocinar como administradores, tendo à sua disposição métodos e procedimentos inadequados, terminam por exarar decisões que impactam profundamente em políticas públicas já existentes, desestruturando deveras o planejamento e execução efetivados pela Administração Pública, a reboque de casos em que, efetivamente, ela falhou.²⁰³

Ressalta-se que parte da doutrina sobre o tema entende que qualquer forma de limitação baseada em condicionantes estabelecidas através de julgamento em recurso extraordinário com repercussão geral poderia ensejar injustiça ante a peculiaridade de cada caso concreto:

Contudo, sob a premissa dos efeitos da judicialização da saúde, não pode haver a fixação de parâmetros sem basilar a estrutura concreta do caso em si. Por mais que haja similitude entre os casos, eles podem não ser idênticos e tratar essa matéria à luz de precedentes judiciais, julgando as demandas a

²⁰² MELO, Lígia Maria Silva de. *Segurança jurídica: fundamento do estado de direito*. Belo Horizonte: A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, 2006, p. 135.

²⁰³ SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 422.

partir de outros casos semelhantes, poderá causar riscos aos indivíduos quanto ao exercício do direito fundamental à saúde.²⁰⁴

Quanto às condicionantes até então elencadas no julgamento dos recursos extraordinários em tela, a exigência de comprovação da condição de hipossuficiência para o acesso às ações e serviços de saúde assume importância como meio de efetivação do princípio da igualdade, ou seja, partindo da lição de Aristóteles, “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais à medida de suas desigualdades”.

Em um país com grande desigualdade social, como no caso do Brasil, as pessoas financeiramente carentes encontram dificuldades para acesso aos serviços sociais, seja pela falta de informação, seja pela falta de condições para fazer valer o seu direito.

No caso da judicialização da saúde, essa questão se mostra ainda mais díspare, na medida em que, as pessoas com melhores condições financeiras, acesso às informações e aos meios de proteção de seus direitos, acabam por ter condições de demandar em face do Poder Público, o que não ocorre em relação às pessoas financeiramente carentes, que sequer têm acesso aos instrumentos de proteção de seus direitos.

Logo, aqueles que teriam condições de arcar com o custo de um medicamento não previsto nas listas de medicamentos aprovadas pelo Poder Público acabam por consegui-lo através da ordem judicial, ao passo que os mais necessitados continuam adstritos às listas de medicamentos oficiais aprovadas, que por vezes não contemplam o medicamento pleiteado pelos mesmos.

Nos votos até então proferidos, não foi ventilada condicionante referente a uma espécie de binômio “necessidade-possibilidade”, ou seja, necessidade do paciente e possibilidade do ente público, ligando-se esta condicionante ao princípio da proporcionalidade.

Importante se discutir que em um país com mais de 5.500 municípios distribuídos por 26 Estados com realidades sociais e econômicas distintas, o orçamento aprovado à saúde de cada um destes entes é distinto e uma ordem judicial pode apresentar impacto distinto dependendo desta mesma realidade.

Como já abordado no capítulo antecedente, o orçamento público voltado à área da saúde é dimensionado no exercício anterior e aprovado pelo Poder Legislativo para aplicação no exercício financeiro subsequente. Tão logo aprovado, ele é publicado no diário oficial do

²⁰⁴ COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. *Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo*. Brasília: Rev. Bras. Polít. Públicas, v. 7, nº 3, 2017 p. 865/866. Disponível em: <<https://www.uniceub.br>> Acesso em: 11 jun. 2018.

respectivo ente público. Logo, trata-se de informação pública e de fácil acesso para a população e Poder Judiciário.

O que se pretende com esta condicionante é evitar que uma determinada ordem judicial acabe por inviabilizar o funcionamento da máquina administrativa diante do impacto que poderia ocasionar no orçamento previamente aprovado.

Tomemos como exemplo o custo do medicamento Soliris, já disposto no presente estudo, cujo tratamento anual aproxima-se do importe de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Para o Estado de São Paulo, apesar do alto custo, trata-se de uma ordem judicial que pode ser perfeitamente cumprida. Contudo, para o Município de Charqueada/SP, com população de aproximadamente 15.000 habitantes, com orçamento para a Farmácia Básica no importe atualizado de R\$ 74.436,87²⁰⁵ (setenta e quatro mil, quatrocentos e trinta e seis reais e oitenta e sete centavos), a ordem se mostra impossível de ser cumprida, impossibilidade esta jurídica e fática.

Logo, deveria o Judiciário analisar o pedido de fornecimento deste medicamento confrontando com o orçamento aprovado e publicado do respectivo ente público e, com fundamento no princípio da proporcionalidade, aferir pela possibilidade ou não da concessão da ordem judicial, evitando assim o comprometimento das atividades administrativas voltadas à satisfação dos interesses da coletividade.

O tema demandará estudos aprofundados pelos julgadores visando uma solução que não comprometa a atuação dos gestores públicos na implementação das políticas públicas existentes e, ao mesmo tempo, que preserve o primado da dignidade da pessoa humana através da efetiva disponibilização do direito à saúde.

²⁰⁵ CHARQUEADA, Prefeitura Municipal de. Portal da Transparência. Disponível em: <<http://191.19.252.51:26131/pronimtb/index.asp?acao=3&item=1&visao=3&mesinicial=1&mesfinal=9&unidadegestora=0&dest=2&projeto=22>>. Acesso em: 10 set. 2018.

CONCLUSÃO

Após a promulgação da Constituição da República de 1988, o tema que se propôs a estudar começou a ser analisado pelo Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. Mesmo passados quase 30 anos, ele ainda se mostra atual e instigante, sendo que os meios de comunicação constantemente veiculam matérias em que o direito à saúde se mostra o cerne da questão.

Em matéria de efetivação das políticas públicas, quase sempre surge um impasse entre as necessidades da sociedade (quase sempre inesgotáveis) e a possibilidade do Poder Executivo em adimpli-las. Nesta situação, geralmente ocorre a judicialização da questão, passando a intervir no caso o Poder Judiciário, que detém competência estabelecida por lei para dar solução à lide.

Conforme verificado no presente estudo, ainda não há um consenso popular e, principalmente, jurisprudencial quando se trata da análise do direito à saúde e a possibilidade ou não de se estabelecer condicionantes ao seu exercício, sendo sólidos os fundamentos utilizados pelas correntes opostas que se formaram, conduzindo, assim, a uma situação de incertezas daqueles que dependem e daqueles que são os responsáveis pela gestão da rede pública de saúde.

De um lado, defende-se que o direito à saúde foi erigido à condição de direito fundamental, o que permite a sua aplicação de forma imediata e ilimitada, não se podendo criar amarras ou limitações que o texto constitucional não previu expressamente. Ressalta-se, ainda, que a Lei nº. 8.080/90 e seus decretos regulamentadores também não estabeleceram qualquer condicionante ao exercício desse direito.

Sem saúde, o indivíduo não tem preservada a sua dignidade, em total desrespeito a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil dispostos no art. 1º, a dignidade da pessoa humana, núcleo essencial que se irradia por todos os direitos fundamentais. Compete ao Estado a implementação de medidas aptas à concretização do direito à saúde, viés positivo da dignidade.

Além disso, o direito à saúde é consequência indissociável do direito à vida, bem maior e que encontra proteção no *caput* do art. 5º da CR/88. Sem vida saudável, impossível se gozar os demais direitos previstos no texto constitucional. Seria até uma condição *sine qua non* para o exercício dos demais direitos.

Essa corrente ainda destaca o direito do indivíduo a um mínimo material no campo da saúde a ser disponibilizado pelo Estado. Hoje, já se fala em um máximo do mínimo

existencial, o que demanda mais e melhores prestações a serem disponibilizadas no interesse da coletividade. Sem esse máximo, não poderia se falar em vida digna.

E todas as conquistas no campo do direito à saúde não podem sofrer com retrocessos. O Princípio da Vedação ao Retrocesso Social pode ser aplicado, inclusive, às atividades administrativas de implementação das políticas públicas de saúde. Não pode o Poder Público retroagir em relação aos avanços da máquina administrativa na oferta de equipamento/insumos aos indivíduos.

Por fim, a citada corrente ainda destaca que, em vez de condicionantes ao exercício do direito à saúde, deveria o Estado atender de forma concreta o Princípio da Eficiência. Um Estado gerencial conseguiria melhor atender a sociedade, entregando melhores serviços com menor custo, podendo, outrossim, ampliar a oferta já existente, dando concretude à dignidade da pessoa humana, garantindo-se uma vida digna por assegurar o máximo do mínimo existencial.

Em outra vertente, sem questionar o direito social à saúde previsto expressamente na Constituição da República, aduz-se que o direito à saúde concebido como fornecimento individualizado de medicamentos/procedimentos esbarra no previsto no art. 196 da Constituição da República de 1988, já que ali se verifica que tal direito será garantido mediante políticas públicas e econômicas.

Aduz essa corrente que o Poder Executivo possui limitações legais e orçamentárias. As primeiras condicionam a atuação do administrador público, que não pode se afastar das leis orçamentárias sob pena incorrer em crime de responsabilidade. Ao mesmo tempo, é preciso se verificar a disponibilidade de caixa para assunção de novas obrigações – denominada dimensão fática, e a possibilidade legal de sua disposição – denominada dimensão jurídica. Estas dimensões compõem o denominado Princípio da Reserva do Possível.

Critica-se ainda a excessiva judicialização e o ativismo judicial. Figuras distintas, a primeira refere-se ao excessivo acesso ao judiciário para solução de questões ligadas às políticas públicas. A segunda refere-se ao modo proativo para solução das demandas levadas a juízo, decisões estas que não levam em conta questões legais e orçamentárias, o que vem comprometendo o orçamento do Estado, em detrimento do planejamento traçado e em prejuízo dos demais indivíduos.

Questiona-se, ainda, o não respeito às decisões técnicas dos órgãos administrativos, a teor das listas de medicamentos e aprovação destes pela ANVISA. O Poder Judiciário acaba

por se sobrepor ao Poder Executivo, sem respeitar as competências previstas em lei, o que acarreta ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2º da CR/88.

A situação, como a vivenciada pelo Estado no tocante às ordens judiciais em matéria de políticas públicas de saúde, conduzem a uma situação de insegurança jurídica, já que não permite ao administrador público um planejamento voltado a melhor satisfação dos anseios da sociedade. Sem conseguir planejar, diante dos posicionamentos não lineares, não há a possibilidade de garantir a eficiência da máquina administrativa.

Esta corrente questiona também o não respeito ao Princípio da Proporcionalidade quando da prolação das decisões judiciais, muitas vezes afetando de forma direta o orçamento estatal, a teor dos pequenos municípios com poucos recursos. Destaca-se, ainda, a destinação de grande parte dos recursos para o atendimento de um único paciente em prejuízo de toda a coletividade.

Analisados, assim, nos parágrafos anteriores desta conclusão, os principais fundamentos das correntes opostas que se formaram em relação ao tema discutido, passa-se à análise de qual seria a possível resolução para a problemática posta.

O que se vislumbra nos dias atuais é uma necessidade crescente da sociedade em matéria de políticas públicas. Ao mesmo tempo, nota-se um Estado que sofre com a redução de arrecadação e o aumento exponencial de decisões judiciais, que demandam para o seu cumprimento, o remanejamento de recursos, muitas das vezes inexistente, o que afeta o planejamento estatal e prejudica o desenvolvimento de outras políticas públicas, como educação e segurança.

Não se pode esquecer que a máquina administrativa não respeita o princípio da eficiência, como se extrai das notícias veiculadas, o que acirra mais os ânimos populares, já que a sociedade contribui com altos impostos e não é contemplada com o mínimo necessário para a dignidade da pessoa humana.

A atuação do Poder Executivo e do Poder Judiciário juntamente com a sociedade pode representar uma solução para as demandas de saúde. O amplo debate entre os interessados pode contribuir para um avanço nas políticas públicas de saúde, sendo importante a cooperação e a troca de informações que possam cooperar para uma justa solução ao caso concreto.

Diante de todas as incertezas que o tema suscita, o Supremo Tribunal Federal assume fundamental importância na tentativa de dar uma solução que contemple, de um lado, as necessidades sociais e, de outro, as limitações do Poder Executivo na implementação das políticas públicas de saúde.

Pelos votos já proferidos nos Recursos Extraordinários de nº. 577471 e de nº. 657718, com repercussão geral reconhecida, nota-se um direcionamento quanto ao estabelecimento de condicionantes ao exercício do direito à saúde. Uns por mais condicionantes – Ministro Marco Aurélio e Ministro Barroso –, outro pela necessidade de condicionantes, mas respeitada a razoabilidade delas – Ministro Fachin.

As condicionantes elencadas nos votos proferidos até o presente momento não representam forma de se impedir o acesso dos indivíduos às ações e aos serviços de saúde. Pelo contrário, estabelecem parâmetros para uma decisão judicial mais justa, dando efetividade principalmente ao princípio da isonomia, já que não criam desigualdades em relação à grande parcela da população que não busca o Poder Judiciário e que continuam a depender das ações e serviços já implementados.

Deve ser considerado que é impossível ao Poder Público satisfazer as necessidades infindáveis da sociedade referentes aos direitos sociais, principalmente em relação ao direito à saúde. Neste caso, importante se considerar que a velocidade da evolução dos medicamentos/tratamentos de saúde, muitas das vezes patrocinadas pelos grandes laboratórios privados, não é seguida pelas leis ou pelos procedimentos administrativos, o que dificulta ou mesmo impede a atuação do gestor público.

Além disso, a condicionante de demonstração da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS representa atendimento ao disposto no artigo 196 da CR/88, na medida em que, caso comprovada a existência de política pública efetiva em relação a determinada patologia, não há razão para ser deferido tratamento diverso daquele já incorporado, que muitas das vezes, somente se refere a uma marca de determinado laboratório e com custo superior àquele fornecido pela rede pública de saúde.

Inobstante o acerto das condicionantes postas e que se complementam, nota-se a necessidade de se pensar uma condicionante que vise à análise do binômio “necessidade-possibilidade”, a ser aferida pelo Magistrado antes da prolação da decisão, seja liminar, seja definitiva, verificando se ela impactará de forma substancial o orçamento voltado às ações e serviços de saúde aprovado pelo ente público para aplicação em determinado exercício financeiro, bastando para tal uma análise do custo do medicamento *versus* o orçamento específico para fornecimento de medicamentos, aplicando-se conjuntamente o princípio da proporcionalidade.

A continuidade do julgamento, suspenso em 2016, é de importância ímpar para se permitir o avanço das políticas públicas de saúde, uma vez que as condicionantes criam um juízo de certeza ao administrador, que não será surpreendido com decisões desproporcionais e

que possam prejudicar todo planejamento empreendido. Permitirá, ainda, a redução do número indiscriminado de ações judiciais, eis que a coletividade terá parâmetros para aferir a plausibilidade ou não do seu pleito perante o Estado. Assim, o Poder Judiciário contribuirá para a pacificação social.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos. Novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ALEXY, ROBERT. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* – 12. ed. amp. – São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Cilaine de Oliveira Guilherme, CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Direito à saúde e transformação social*. Revista *Argumentum* – Revista de Direito. UNIMAR, Marília/SP, v. 6, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo* – 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Jurisprudência mineira, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, jan/mar, 2009, p. 35-50. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/conhecimento-juridico/artigos-juridicos/detalhe-122.htm>>. Acesso em 04 jun. 2018.

_____. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Carlos Nelson Coutinho (Trad.); apresentação de Celso Lafer – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGA, Paulo Vitor Begamo. Judicialização, assistência farmacêutica e argumentação. Análise da jurisprudência do TRF da 3ª Região. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

_____, Lei nº. 6.360 de 23 de setembro de 1976.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____, Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990.

_____, Decreto nº. 678 de 06 de novembro de 1992.

_____, Lei nº. 9.782 de 26 de janeiro de 1999.

_____, Lei nº. 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

_____, Lei Complementar nº. 101 de 04 de maio de 2000.

_____, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. José Celso de Mello Filho, AGRG. no Recurso Extraordinário n. 271.286-8 Rio Grande do Sul, DJ. 24/11/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello, ADPF n. 45 MC/DF, DJ. 29/04/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____, Ministério da Saúde. *Por que pesquisa em saúde?* / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia. – Brasília: Ministério da Saúde, 2007.

_____, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Recurso Extraordinário n. 566.471 Rio Grande do Norte, DJ: 15-11-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal, ARE-AgR 639337, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/08/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____, Decreto nº. 7.508 de 28 de junho de 2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Recurso Extraordinário nº. 657718 /MG, Tribunal Pleno, DJ: 17-11-2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000040&base=baseRepercussao>>. Acesso em 05 jul. 2018.

_____, Decreto nº. 7.646 de 21 de dezembro de 2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Joaquim Benedito Barbosa Gomes, AgR. no Agravo de Instrumento nº. 550.530, 2ª Turma, DJ: 26-06-2012. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>.> Acesso em: 05 jul. 2018.

_____, Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015.

_____, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/2829072/LISTA+CONFORMIDADE_2018-06-15.pdf/2a7ccd81-7baf-4be1-9758-743589bcc570>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. Min. Luis Roberto Barroso, Recurso Extraordinário nº. 566471, Voto: 28-09-2016. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>>. Acesso em: 28 jun.2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. Min. Luis Roberto Barroso, Recurso Extraordinário nº. 657.718, Voto: 28-09-2016. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versa%CC%83o-final.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. Min. Luiz Edson Fachin, Recurso Extraordinário nº. 657.718, Voto: 28-09-2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/09/RE657718.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* – São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos – *Manual de direito administrativo* – 27. ed. rev. ampl. e atual. até 31-12-2013. – São Paulo: Atlas, 2014.

CHARQUEADA, Prefeitura Municipal de. Portal da Transparência. Disponível em: <<http://191.19.252.51:26131/promimtb/index.asp?acao=3&item=1&visao=3&mesinicial=1&mesfinal=9&unidadegestora=0&dest=2&projeto=22>>. Acesso em: 10 set. 2018.

COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. *Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo*. Brasília: Rev. Bras. Polít. Públicas, v. 7, nº 3, 2017 p. 844-874. Disponível em: <www.uniceub.br>. Acesso em: 11 jun. 2018.

CREPALDI, Thiago, MORAES, Claudia. *Judicialização da saúde beneficia mercado e prejudica sociedade, diz pesquisador*. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 12 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/judicializacao-saude-beneficia-mercado-pesquisador>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Judicialização de políticas públicas pode opor interesses individuais e coletivos*. 28 de mai. 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 13 mar. 2018.

DUARTE, Clarice Seixas. Inovações de método para o trabalho jurídico. A experiência do grupo de pesquisa direitos sociais e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito* – São Paulo: Saraiva, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. *A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento*. Curitiba: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 13, n. 13, p. 340-399, janeiro/junho de 2013.

LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro* – 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZA, Alexandre - *Manual de direito administrativo* – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Lígia Maria Silva de. *Segurança jurídica: fundamento do estado de direito*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com>>. Acesso em 08 jun. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Lenice Silveira. *O Princípio constitucional da dignidade humana: Um olhar conforme a epistemologia da complexidade*. Revista Jurídica da FAL, V2, N. 2. Natal, 2006.

NASPOLINI, Samyra Haidêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladmir Oliveira. *O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da corte europeia*. Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPDDir/UFRGS, Porto Alegre, Volume XI, n. 1, 2016, p. 80/92. Disponível em: <<https://doi.org/10.22456/2317-8558.62292>>. Acesso em: 10 agô. 2018.

NETO, Elias Marques de Medeiros. Recurso especial e recurso extraordinário. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; NETO, Elias Marques de Medeiros; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: volume 3: tutela executiva e tutela recursal*. São Paulo: Editora Verbatim, 2018, p. 822/823.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. *Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 208-222. Disponível em: <www.uniceub.br>. Acesso em 27 dez. 2017.

OLIVEIRA, Cinthya. *Pacientes recorrem à justiça para ter tratamentos caros; gastos cresceram 1.000% nos últimos 7 anos*. Hoje em dia, Minas Gerais, 14 abr. 2017. Disponível em: <<http://hojeemdia.com.br>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal dos direitos humanos*. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:< <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-por-assunto-OLD/direitos-humanos-e-cidadania-teste/tratados-internacionais-teste>>. Acesso em: 10 agô. 2018.

PALUDO, Augustinho Vicente - *Administração pública para AFRF e AFT* [recurso eletrônico]: para auditor fiscal do trabalho e auditor fiscal da receita federal. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. *Ativismo judicial e direito à saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do poder judiciário*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 290-308. Disponível em: <www.uniceub.br>. Acesso em 27 dez. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PISCITELLI, Tathiane. *Direito financeiro esquematizado* – 2. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Método, São Paulo, 2012.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005.

SABINO, Marco Antônio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios*. Curitiba: Juruá, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

_____. *Curso de direito constitucional* – Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. atual Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Juvêncio Borges; JUCATELLI, João Paulo. *Judicialização da saúde, ativismo judicial e o conseqüente desequilíbrio do orçamento público*. Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 7, nº 1, 2017, p. 98-115. Disponível em:< www.uniceub.br>. Acesso em 11 jun. 2018.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Direito à saúde e políticas públicas: do ressarcimento entre os gestores públicos e privados de saúde*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015

TORRES, Ricardo Lobo. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.