

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA - UNIMAR

CLAYTON DOS SANTOS QUEIROZ

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: EFETIVIDADE VIA POLÍTICAS
TRIBUTÁRIAS DE CARÁTER EXTRAFISCAL**

MARÍLIA

2021

CLAYTON DOS SANTOS QUEIROZ

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: EFETIVIDADE VIA POLÍTICAS
TRIBUTÁRIAS DE CARÁTER EXTRAFISCAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Valter Moura do Carmo.

MARÍLIA

2021

Queiroz, Clayton dos Santos

O Direito Fundamental à Saúde: efetividade via políticas tributárias de caráter extrafiscal / Clayton dos Santos Queiroz – Marília: UNIMAR, 2021.

121f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais) – Universidade de Marília, Marília, 2021.

Orientação: Prof. Dr. Valter Moura do Carmo

1. Controle Constitucional Material da Norma 2. Direito Tributário Extrafiscal 3. Promoção da Saúde I. Queiroz, Clayton dos Santos

CDD – 341.2

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: EFETIVIDADE VIA POLÍTICAS
TRIBUTÁRIAS DE CARÁTER EXTRAFISCAL**

CLAYTON DOS SANTOS QUEIROZ

Aprovado em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo (orientador)
Universidade de Marília

Profa Dra Denise Lucena Cavalcante
Universidade Federal do Ceará

Prof Dr Fabio da Silva Veiga
IBEROJUR

Profa Maria de Fátima Ribeiro
Universidade de Marília

Dedico este trabalho primeiramente a DEUS, ao qual eu oferto toda minha vida e devoção. Dedico ainda a minha família originária, qual seja, meus pais Arnaldo e Aparecida e minha amada irmã Joseane, que sempre me apoiaram incondicionalmente para que eu pudesse realizar todos os meus sonhos. Por fim, mas não menos importante, dedico este trabalho a minha paciente e amada esposa Mariane e as minhas duas filhas, Valentina e Betina, que são a razão do meu viver.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me deu força, saúde e perseverança para concluir todo este trabalho.

Agradeço a meus pais, que abdicaram de valores financeiros e principalmente de tempo de vida para garantirem meus estudos.

Agradeço a minha esposa, que tão dedicadamente redobrou os cuidados sobre nossa família para que eu pudesse me dedicar ao mestrado.

Agradeço à instituição Unimar e a todos os professores que fazem parte do corpo docente do mestrado, que mais do que um despertar intelectual, impactaram diretamente em minha forma de pensar, agir e ver a vida.

Em especial, agradeço ao meu professor orientador Valter Moura do Carmo, que hoje tenho a honra de ter como um verdadeiro amigo, pela paciência, bondade, gentileza, lealdade e, é claro, pela técnica que tão afavelmente repartiu comigo durante meus estudos, propiciando o desenvolvimento do presente trabalho.

Agradeço aos colegas de mestrado, em especial a um irmão que ganhei durante esse período, o brilhante Leandro Eidi Hara, e a todos aqueles que contribuíram para esta etapa decisiva em minha vida.

Governante sem discernimento aumenta as opressões, mas os que odeiam o ganho desonesto prolongarão o seu governo. Provérbios 28:16

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar como as políticas tributárias de caráter extrafiscal, principalmente aquelas normas tributárias de caráter indutor, se relacionam com a promoção do direito fundamental à saúde. Busca-se compreender qual o impacto dessa relação entre o direito tributário, em seu caráter extrafiscal, e a promoção ou deterioração da saúde no país. Por meio da utilização de uma metodologia de pesquisa dedutiva, através de uma análise qualitativa, com o estudo de bibliografias e legislação, procurou-se demonstrar a densidade valorativa das normas constitucionais e internacionais que garantem o direito à saúde, bem como sua posição no mundo jurídico. O sistema de saúde pública nacional não é capaz de atender as demandas existentes, por isso é extremamente necessário que o atuar do Estado seja certo quando da instituição de políticas públicas. A pesquisa também contou a análise de dados quantitativos, que demonstraram o problema da saúde pública no Brasil, bem como a crescente judicialização do tema. Dentre as problemáticas enfrentadas, encontrou destaque o caso das bebidas açucaradas e o tratamento jurídico tributário mais favorecido às empresas que participam da cadeia de produção de tais produtos, o que por que vez acaba contribuindo para uma piora no quadro da saúde pública nacional e onerando ainda mais os cofres públicos. Ao final da pesquisa, propõe-se diretrizes que devem ser observadas pelos Poderes Públicos quando do manejo de normas tributárias que tenham o condão de mudar comportamentos sociais.

Palavras-chave: Direito Tributário Extrafiscal. Promoção da Saúde. Controle Constitucional Material da Norma.

ABSTRACT

This paper aims to investigate how extrafiscal tax policies, especially those inducing tax rules, are related to the promotion of the fundamental right to health. It seeks to understand the impact of this relationship between tax law, in an extra-fiscal nature, and the promotion or deterioration of health in the country. Through the use of a deductive research methodology, through a qualitative analysis, with the study of bibliographies and legislation, we sought to demonstrate the valuing density of the constitutional and international norms that guarantee the right to health, as well as its position in the legal world. The national public health system is not able to meet existing demands, so it is extremely necessary that the State's actions be accurate when instituting public policies. The survey also included the analysis of quantitative data, which demonstrated the problem of public health in Brazil, as well as the increasing judicialization of the topic. Among the problems faced, the case of sugary drinks and the most favorable tax legal treatment for companies that participate in the production chain of such products were highlighted, which in turn ends up contributing to a worsening in the national public health framework and burdening even more plus public coffers. At the end of the research, guidelines are proposed that must be observed by the Public Authorities when handling tax rules that have the power to change social behaviors.

Key words: Extrafiscal Tax Law. Health Promotion. Standard Constitutional Control of the Standard.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	14
1.1 CONSTRUÇÃO SECULAR DO SENTIDO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	14
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO BRASILEIRO	19
1.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	21
1.4 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE.....	26
1.4.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
1.4.2 DO DIREITO À SAÚDE E OS DIREITOS HUMANOS	30
1.4.3 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	36
1.4.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	38
2 DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	42
2.1 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	42
2.2 DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA DE SAÚDE ATUAL	47
2.3 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	55
2.4 POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS DE CARÁTER EXTRAFISCAL	60
2.5 DA FUNÇÃO SOCIAL DOS TRIBUTOS.....	63
3 DEFINIÇÃO DE EXTRAFISCALIDADE E ALGUMAS HIPÓTESES DE CONCRETIZAÇÃO NO BRASIL	65
3.1 A RELAÇÃO ENTRE TABACO, SAÚDE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL	81
3.2 A RELAÇÃO ENTRE AS BEBIDAS AÇUCARADAS, SAÚDE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL	86
3.3 OS LIMITES CONSTITUCIONAIS NO USO DA EXTRAFISCALIDADE	92
3.4 DESDOBRAMENTOS DA EXTRAFISCALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	99

3.5 UTILIZAÇÃO DE TRIBUTOS NA PROMOÇÃO DA SAÚDE E A EXTRAFISCALIDADE	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
REFERÊNCIAS.....	112

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar como as políticas tributárias de caráter extrafiscal, principalmente aquelas normas tributárias de caráter indutor, podem ser aliadas no cumprimento da obrigação constitucional de promoção do direito fundamental à saúde.

O aumento expressivo de pessoas que padecem das mais diversas doenças em razão do consumo excessivo de açúcares e outros produtos industrializados, em especial o número crescente de pessoas que são diagnosticadas todos os dias com diabetes e em muitos casos precisam recorrer à justiça para terem a garantia de um preceito constitucional básico, qual seja, a saúde, é fato que precisa ser analisado.

Cada vez mais o poder judiciário é chamado para resolver questões de saúde pública, como o fornecimento de medicamentos, insumos e tratamentos das mais diversas ordens para fins de solver necessidades básicas de saúde.

Diante disso, imperioso a análise de como o Estado pode atuar para proporcionar uma mudança nesse quadro, e é nesse cenário que se utilize do Direito Tributário, em especial as normas tributárias de caráter extrafiscal com tributação indutora.

Tais normas têm o condão de viabilizar uma mudança no comportamento da sociedade, estimulando a prática de determinados atos ou desestimulando a prática de determinados comportamentos, causando reflexos na promoção dos direitos fundamentais, entre eles, e em especial, o direito fundamental à saúde?

Por isso a necessidade de estabelecer essa relação circular entre as normas tributárias de caráter indutor e a efetivação do direito fundamental social à saúde pública, eis o objeto central de investigação.

Tendo em vista que as normas tributárias de caráter indutor encontram amparo no texto constitucional, assim como princípios fundamentais dos valores sociais, o trabalho e a livre iniciativa, nos moldes do artigo 1º, inciso IV, bem como possui o objetivo fundamental de garantir o desenvolvimento nacional, nos moldes do artigo 3º, inciso II, ambos da Constituição Federal, entre outros dispositivos constitucionais que também aparam o tema, faz-se uma análise qualitativa das normas e doutrinas que tratam do direito à saúde pública, na busca de encontrar

mecanismos e parâmetros para limitar a atuação do Estado ao editar uma norma tributária que induza a população à prática de comportamentos danosos.

Porquanto, se de um lado o Estado deve perseguir o desenvolvimento econômico e social, de outro, também tem o dever de propiciar a efetivação dos direitos fundamentais, entre eles a saúde pública, que acaba sendo atingida com a adoção de políticas tributárias inadequadas.

Logo, tornou-se necessária a realização de uma investigação empírica dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, e é claro, do princípio da dignidade da pessoa humana na busca de demonstrar a solidez e importância valorativa dos sistemas jurídicos que protegem tais valores e direitos. Seguindo a sistemática de comprovar a importância axiológica do direito à saúde, abordam-se aspectos históricos e conceituais dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, suas diferenças, características e pontos de intersecção. Desse modo, comprova-se a densidade valorativa do conjunto de princípios e regras que garantem o direito à saúde pública e que não pode mais o Estado tratar tais normas como meras promessas desprovidas da necessidade de cumprimento, motivo pelo qual se discorre sobre a efetividade das normas de direito fundamental.

Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, a dissertação usou da pesquisa bibliográfica e documental e do ponto de vista da forma de abordagem ao problema, análise qualitativa. Foi empregado o método dedutivo, onde doutrinas e leis e outros documentos normativos permitiram demonstrar a imprescindibilidade não só de se pensar, mas a premente necessidade de se aplicar políticas públicas coordenadas com a busca pela efetivação e desenvolvimento do direito social à saúde.

A partir daí, passa-se a tratar especificamente da saúde pública, que não é discutida apenas como direito fundamental de cunho social, nos moldes do artigo 6º, 196º e seguintes da Constituição Federal, mas também como um direito fundamental individual, que decorre da dignidade da pessoa humana, já que é impossível imaginar vida digna sem acesso aos serviços essenciais de saúde.

Na busca para encontrar no direito tributário um aparato de auxílio na efetivação das normas de direito fundamental, em especial no cumprimento dos dispositivos constitucionais que tratam da saúde pública, é imperioso analisar as normas tributárias de caráter extrafiscal, em especial aquelas indutoras de comportamento.

À medida que a pesquisa foi se desenvolvendo, a partir de uma análise quantitativa dos dados, foi possível constatar que por vezes o Estado se vale de políticas públicas, por meio de normas tributárias de caráter indutor, que contribuem para melhorar o quadro de saúde pública no país, como ocorre com a utilização da extrafiscalidade no direito ambiental e no combate ao uso do tabaco.

Entretanto, esse mesmo Estado adota algumas políticas públicas que possuem caráter contrário à promoção dos direitos fundamentais, editando normas tributárias de caráter extrafiscal que estimulam a prática de comportamentos nocivos à saúde.

Um exemplo trazido no presente estudo é o caso das normas tributárias que concedem tratamento jurídico favorável às empresas que operam no processo de produção das bebidas açucaradas, ou seja, sob o pretexto de propiciar o desenvolvimento econômico e social, abre-se mão da preservação da saúde pública, mudando um padrão de consumo no qual as pessoas passam a ingerir menos água e mais bebidas com alto teor de açúcar.

O estudo apresentado está em consonância com as pesquisas realizadas no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, já que trata do desenvolvimento econômico atrelado à importância do desenvolvimento social.

Por fim, a importância do presente estudo reside em analisar se de fato o direito tributário pode auxiliar na promoção dos direitos fundamentais e, ao final, apontar para os gestores públicos e para o Poder Legislativo quais as diretrizes mínimas que devem ser observadas quando da edição de normas tributárias que tenham a capacidade de induzir a população à mudança de um padrão comportamental.

1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Tendo em vista o escopo do presente trabalho, que procura analisar a relação existente ou não entre a efetivação do direito à saúde e o direito tributário por meio das normas de caráter indutor, é preciso ter de forma muito clara não apenas o conceito de saúde, mas também todo o seu campo de ação, a forma como se encontra positivado em nosso ordenamento jurídico e qual seu aspecto axiológico.

Partindo dessa premissa, é impossível analisar o direito à saúde sem antes analisar seu aspecto individual como verdadeiro direito fundamental de cunho individual decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde se encontra consagrado no ordenamento jurídico brasileiro dentre os direitos e garantias fundamentais, sem ignorar os dispositivos constitucionais específicos, que regulamentam tal direito e atribuem ao Estado o dever de garanti-lo a todos os indivíduos. A saúde é, portanto, imprescindível a uma vida com dignidade. Logo, antes de se adentrar na análise do direito à saúde, é importante contextualizar a dignidade da pessoa humana a partir de uma análise histórico-evolutiva para então compreender como se encontra consagrado na atualidade.

1.1 CONSTRUÇÃO SECULAR DO SENTIDO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Inicialmente, importa registrar que as origens do princípio da dignidade da pessoa humana não encontram, dentre os estudiosos do Direito, um consenso, sendo várias as teorias para explicar o surgimento do princípio em análise.

Segundo Sarmiento (2016, p. 25), a dignidade humana consiste no reconhecimento de que o indivíduo, ou seja, o “ser humano ocupa uma posição superior e privilegiada entre todos os seres que habitam o nosso mundo”.

De acordo com Sarlet (2006), a dignidade da pessoa humana remete ao pensamento cristão, que contribuiu para a sua elaboração e desenvolvimento, já que tanto o Antigo como o Novo Testamento trazem referências de que o ser humano foi

criado à imagem e semelhança de Deus e, por isso, o homem teria valor próprio e intrínseco, não podendo ser tratado como um objeto ou instrumento.

Contudo, ressalta o autor que não se pode atribuir exclusivamente ao Cristianismo a exclusividade da construção da dignidade da pessoa humana, já que outras religiões também contribuíram para a construção da ideia em comento (SARLET, 2006).

Santos (2009, p. 29) bem lembra que na Antiguidade, em virtude do pensamento filosófico grego e político, o homem era visto como “um animal político ou social, como em Aristóteles, cujo ser era a cidadania, o fato de pertencer ao Estado”. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana estaria atrelada à posição social que o indivíduo ocupava dentro da sociedade, como preleciona Sarlet (2006), já que prevalecia a ideia de que existem pessoas mais dignas e outras menos dignas, ou seja, uma modulação na dignidade da pessoa humana.

É verdade que algumas ideias surgidas na Antiguidade já tensionavam, em certa medida, a compreensão anti-igualitária das relações sociais. Foi o caso da afirmação cristã da igualdade dos homens perante Deus, proclamada na carta de São Paulo aos Gálatas: “Nisto não há mais judeu nem gentio; não há mais servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus”. A bela epístola não continha, todavia, qualquer afirmação sobre a igualdade política, social ou jurídica das pessoas no mundo terreno. Não era a igualdade mundana, perante César, que o cristianismo pré-moderno postulava, mas tão somente aquela perante Deus. (SARMENTO, 2016, p. 30).

Já Cícero, importante filósofo italiano que viveu no século 100 a.C., propôs a desvinculação da noção de dignidade da posição ou classe social, já que esta seria uma qualidade que distinguiria o homem das demais criaturas, como se extrai da lição de Sarlet (2006, p. 30), para quem “todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo”.

Na evolução histórica da humanidade, mormente no que diz respeito à construção da noção de dignidade, a inspiração estoica e cristã continuou sendo sustentada, tendo como seu fiel defensor Tomás de Aquino, padre dominicano posteriormente proclamado santo e doutor da Igreja Católica, que viveu na Itália entre os anos de 1225 a 1274. São Tomás de Aquino afirmou que a noção de dignidade é fundamentada na situação de ser o homem feito à imagem e

semelhança de Deus, embora o homem tenha a capacidade de autodeterminação, o que o faz livre por sua natureza (SARLET, 2006).

No século XVI, durante a expansão e colonização espanhola, Francisco de Vitória, analisando o processo de aniquilação, exploração e escravização dos índios, sustentou, baseado também no pensamento estoico e cristão, que o povo indígena, por sua natureza humana, e não por ser católico, cristão ou protestante, era, em princípio, livre e igual a todos os homens, devendo figurar como sujeito de direito nas relações com o reino espanhol.

Anote-se que no pensamento justanuralista do século XVII e XVIII a evolução da concepção da dignidade da pessoa humana passou por um processo de racionalização e laicização, mas mantendo a noção fundamental de igualdade para todos, que foi umas grandes bandeiras filosóficas do final da Idade Moderna.

Sobre o tema, alerta Sarlet (2006, p. 32) que foi com “[...] Immanuel Kant que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais”.

Na mesma esteira é a lição de Moraes (2003), para quem foi Kant que, em 1788, na obra “Crítica da Razão Prática”, rediscutiu a moralidade em novas diretrizes, no que ele chamou de imperativo categórico.

Ainda sobre a evolução da noção de dignidade humana, Moraes (2003) bem lembra que na sociedade existem duas formas de valor: o preço e a dignidade. Ressalta que enquanto o preço possui um valor externo e almeja interesses particulares, a dignidade possui um valor interno e moral, e é de interesse de todos.

Moraes (2003, p. 115-116) também pontua que tratando o ser humano como um fim em si mesmo, e não como um meio, seguindo as perspectivas filosóficas de Kant, o valor “moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente”.

Já Sarlet (2006) ressalta que Kant construiu sua concepção a partir da racionalidade do ser humano. Tal atributo só pode ser encontrado no ser humano, pois este possui autonomia da vontade, “entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis” (SARLET, 2006, p. 33).

Destaca Sarlet (2006) que mesmo sendo base para qualquer estudo científico sobre a dignidade humana, a doutrina kantiana é criticada justamente por ser excessivamente antropocentrista, desconsiderando a dignidade que vai além do ser humano. Isso acontece por influência daquelas ideias da Idade Moderna que sustentavam que o homem, em função de sua racionalidade, ocuparia um lugar privilegiado em relação aos outros seres vivos.

Fato é que uma elucidação precisa do significado (ou mesmo do conceito) de dignidade da pessoa humana é praticamente impossível, o que se deve até mesmo a sua ambiguidade ou porosidade. De qualquer forma, conforme destaca Sarlet (2006), tal dificuldade se impõe pelo fato de a dignidade humana não se preocupar com aspectos mais ou menos específicos da condição humana, como direito à vida, à intimidade, à integridade física; mas sim de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de forma que a dignidade “passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal” (SARLET, 2006).

Apesar dessa dificuldade de se estabelecer um sentido de dignidade da pessoa humana, alguns autores, dentre os quais se destacam Miguel Reale e Fernando Ferreira dos Santos, fazem uma delimitação sistemática deste sentido.

Santos (2009, p. 29) pontua que existem três concepções básicas, a saber: o individualismo, o transpersonalismo e o personalismo, “e cada uma destas compreensões traz em si uma multiplicidade de posicionamentos” (SANTOS, 2009, p. 29). Entende-se pelo individualismo a forma que cada homem cuida dos seus interesses e, de forma indireta, defende toda uma coletividade. Portanto, sua preocupação é com o indivíduo. E, segundo Santos (2009, p. 30), é da livre iniciativa de cada ser humano que resultará na máxima vantagem para a sociedade. Ou seja, é sendo mais egoísta que o homem faz o bem para toda sociedade.

Não se pode negar, contudo, que este pensamento surge com o Estado Liberal, que, de toda forma, tenta limitar o Estado para que ele interfira o mínimo possível na vida do indivíduo e “assim, interpretar-se-á a lei com o fim de salvaguardar a autonomia do indivíduo, preservando-o das interferências do Poder Público. Ademais, num conflito indivíduo versus Estado, privilegia-se aquele” (SANTOS, 2009, p. 30).

Reale (2002, p. 277), por sua vez, pontua:

[...] realizaria, mediante automático equilíbrio dos egoísmos, o bem social ou o bem comum. Daí a tese de que o Estado deve ter uma função primordial e essencial, que se esgotaria praticamente na tutela jurídica das liberdades individuais. Cada homem, podendo realizar plenamente seu bem, daí resultaria, como consequência inevitável, a felicidade comum. É a tese do individualismo social ou do individualismo jurídico.

Santos (2009, p. 31) ainda ressalta que no transpersonalismo, o que se vê é o contrário disso. É na realização do bem coletivo que são resguardados os interesses individuais. Logo, inexistindo uma relação harmônica entre o bem de todos e o bem do indivíduo, prevalecem os valores coletivos. Desta forma, a dignidade da pessoa humana realiza-se para todos. É, pois, a partir dessa corrente que surgem as correntes marxistas ou coletivas, sendo mais conhecida a obra de Karl Marx, que conduziu à obra “O Capital”.

Já Reale (2002, p. 277) defende que no transpersonalismo não se pode falar em moral individual, exceto quando for algum aspecto relacionado ao aspecto da moral social “e que, na realidade, devem preponderar sempre os valores coletivos, só adquirindo autenticidade e plenitude a existência humana quando a serviço do bem social”.

Na contramão das duas teorias supracitadas, surge uma terceira, denominada de personalismo. Para Santos (2009, p. 32), não há como afirmar o predomínio do indivíduo ou predomínio coletivo antes de ser analisado cada caso de acordo com as suas circunstâncias peculiares.

Por sua vez, Reale (2002, p. 279) preconiza que o ser humano deve ceder ao “todo, até e enquanto não seja ferido o valor da pessoa, ou seja, a plenitude do homem enquanto homem. Toda vez que se quiser ultrapassar a esfera da personalidade haverá arbítrio”.

Defendendo uma posição mais concreta na conceituação da dignidade da pessoa humana, o constitucionalista Tavares (2020) preconiza que a dignidade do homem, enquanto princípio, tem uma dupla dimensão, a saber, a negativa e a positiva. E esclarece:

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada

indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação (TAVARES, 2020, p. 498).

Têm-se, ainda, os ensinamentos de Bulos (2014), que afirma tratar-se de um vetor que agrega todos os direitos e garantias fundamentais em torno de si. Além do mais, ao proclamar a dignidade da pessoa humana, consagram-se os valores da justiça social, que deve ser analisada como o valor constitucional supremo.

E o mesmo autor define assim a dignidade da pessoa humana:

O primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independente de credo, raça, cor, origem ou status social [...] seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. (BULOS, 2014, p. 499).

Destarte, não há como negar que mesmo sendo através de uma definição política, filosófica ou jurídica a fixação do sentido de dignidade da pessoa humana se dá pela mesma forma, baseado no pensamento de Kant, concluindo tratar-se de um valor intrínseco e pertencente a qualquer ser humano, devendo ser respeitado pela sociedade e Estado.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO BRASILEIRO

Somente após a Segunda Guerra Mundial é que o princípio da dignidade da pessoa humana foi reconhecido, de forma expressa, pela maioria das nações, e isto só aconteceu quando tal princípio foi consagrado na Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948.

No ordenamento jurídico brasileiro não foi diferente, tanto que até o advento da Constituição da República de 1988 inexistia qualquer manifestação do referido

princípio das Constituições, principalmente as que vieram a lume nos períodos em que imperaram os governos autoritários.

Desta feita, é possível afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana clama, para a sua consagração, um Estado no qual não imperem arbitrariedades, pois este não se coaduna com monarquias autoritárias, ou mesmo com momentos históricos em que há ditatoriais.

Anote-se, ainda, que somente é possível a sua consagração em momentos nos quais há total contrariedade ao período ditatorial, tanto que a sua consagração na Constituição vigente se deu a exemplo do que ocorreu em países como Alemanha, Portugal e Espanha, em total repúdio a momentos em que se tolheu direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, mormente as décadas de 60 e 70 do século passado.

Por isso Sarlet (2006, p. 61) preconiza que o constituinte deixou bem clara a sua intenção de “outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaixadoras e informativas de toda ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, e isto foi denominado núcleo essencial da nossa Constituição.

Não se pode negar que a dignidade da pessoa humana conquistou uma posição de destaque entre os textos constitucionais de países como Alemanha e Portugal, o que somente se deu, repita-se, na segunda metade do século passado.

Porém, apesar de sua importância, o princípio em comento ainda não foi integrado, de forma ampla, ao direito positivo constitucional, como enfatiza Sarlet (2006, p. 64-65):

[...] a dignidade da pessoa humana (ao menos nesta formulação e no que diz com sua expressa previsão pelo direito constitucional positivo), ainda não foi integrada de forma definitiva à totalidade das Constituições de nosso tempo, muito embora esta seja, ao que nos parece, a benfazeja e – assim esperamos – também irreversível tendência a ser saudada com entusiasmo e esperança, sem que com isto se esteja a recair na ingenuidade de não reconhecer que a positivação jurídica, por si só, não tem o condão de impedir violações concretas da dignidade das pessoas.

Não obstante, o reconhecimento, por parte do constituinte, como bem enfatiza Sarlet (2006), apesar de tardia, é uma demonstração de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não ao contrário, seguindo os ensinamentos de Kant, já que o homem é fim em si mesmo e não meio da atividade estatal.

Desta feita, apesar de tolhida a importância do indivíduo ao longo de vários períodos de um Estado autoritário, após a proclamação da República no Brasil, mormente na década de 1930, e novamente na década de 1960, não se pode negar que o movimento que ganhou força na década de 1980 conduziu ao reconhecimento da importância do indivíduo para o Estado.

Assim, não se pode negar que constituinte, em alguns dispositivos de forma expressa e em outros implicitamente, quis que a dignidade humana integrasse o direito positivo vigente, esquecendo ou minimizando a fundamentação filosófica justanaturalista que ajudou no entendimento do significado e do conteúdo da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006).

Diante disso, é importante ressaltar o que ensinou o autor supracitado acerca da condição de princípio e norma que se encontra a dignidade da pessoa humana no nosso ordenamento jurídico, a exemplo de outras nações:

[...] a condição de princípio é integralmente compatível com o reconhecimento da plenitude eficaz e, portanto, da plena vinculatividade da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa, seja na perspectiva objetiva, seja como fundamento de posições subjetivas (SARLET, 2006, p. 75).

Contudo, para uma melhor compreensão do tema, faz-se mister abordar como se encontra consagrado o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição vigente, o que se passa a analisar no próximo item.

1.3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal de 1988, encontra-se consagrada dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, no inciso III, do art. 1º, como princípio fundamental. Segundo Espíndola (1999, p. 52), o termo princípio possui diversas acepções diferentes, por caminhar por diversos campos do

saber humano: Filosofia, Teologia, Sociologia, Política, Física, Direito, entre outros. Cada área do saber definirá princípio de acordo com a aplicação que lhe sirva para estruturar determinado pensamento.

E ensina o mesmo autor:

Pode-se concluir que a ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam (ESPINDOLA, 1999, p. 52).

Já Reale (2002, p. 299-300) assevera que o legislador reconheceu que o sistema de leis não é suficiente para atender todo o campo de experiência humana, restando muitas situações que são impossíveis de serem previstas. Além do mais, os princípios podem preencher essas lacunas deixadas pela lei, por força de sua função integradora de todo o sistema jurídico.

Contudo, o que interessa ao presente estudo é a definição de princípio no âmbito jurídico. E, sobre o tema, Espíndola (1999, p. 54) assevera que para o campo do Direito, por ser plurívoco e polissêmico, onde acomodação das ideias traz um progresso ou uma estagnação do pensamento, produz um significado peculiar de princípio justamente por esses níveis diferente de linguagem em que o Direito se estrutura.

Segundo os ensinamentos de Bonavides (2010), o princípio se caracteriza pela sua normatividade, reconhecendo sua força como norma jurídica e a participação no sistema pátrio de normas.

Acrescenta o autor que a constitucionalização dos princípios remete a duas fases: a programática e a não-programática. Na primeira, a normatividade dos princípios é mínima, pois sua aplicabilidade é numa região abstrata e diferida. Já na segunda, a normatividade é máxima, pois “ocupa um espaço onde revela de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação direta e imediata” (BONAVIDES, 2010, p. 257-274).

No que tange o princípio da dignidade da pessoa humana, como já apontado alhures, consagrado no art. 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988, o constituinte estabeleceu como princípio fundamental a ser seguido pela sociedade

brasileira, ficando o Estado obrigado a exercer sua promoção através dos meios de concretização desse princípio que se fazem mediante o reconhecimento, proteção e promoção dos direitos fundamentais, visando estabelecer uma vida digna para todos em sua totalidade.

Enquanto princípio fundamental, Silva (2009, p. 104) conceitua a dignidade da pessoa humana assim:

[...] valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densidade valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para constituir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Vê-se, portanto, a amplitude do conceito em comento, não mais limitado, como em seu nascedouro, ou restrito a apenas uma linha de pensamento. É a dignidade da pessoa humana enquanto princípio fundamental, corolário do Estado Democrático de Direito.

Andrade (1987) lembra que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental e a base do estatuto jurídico dos indivíduos, estabelecendo uma unidade ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais.

De fato, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, dos direitos de participação política, dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.

Não se pode negar, contudo, que pode ser diferente o grau da vinculação dos direitos àquele princípio. A esse respeito disserta Andrade (1987, p. 101), para quem:

[...] alguns direitos constituem explicitações de 1º grau da ideia de dignidade, que modela o conteúdo essencial deles: o direito à vida, a liberdade física ou de consciência, por exemplo, tal como a generalidades dos direitos pessoais são atributos jurídicos essenciais da dignidade dos homens concretos. Outros direitos decorrem desse conjunto de direitos fundamentalíssimos (diríamos, com as reservas atrás expostas, direitos naturais) ou então complementam-nos como explicitações de 2º grau, medidas pela particularidade das circunstâncias sociais e econômicas, políticas e ideológicas: o direito de manifestação, a liberdade de empresa, o direito de férias pagas, o direito à habitação, à saúde e segurança social não decorrem necessariamente em toda a sua extensão do princípio da dignidade da pessoa humana. Mas, ainda aí, é este princípio que está na base de sua previsão constitucional e da sua consideração como direitos fundamentais.

Ainda segundo Andrade (1987), o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental e a base do estatuto jurídico dos indivíduos, estabelecendo uma unidade ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais.

Desta feita, o princípio em comento se encontra, em virtude do tratamento dispensado pelo constituinte, no topo de todos os direitos constitucionalmente consagrados, tanto dos direitos e liberdades tradicionais como dos direitos de participação política, ou ainda dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.

Pode ser diferente o grau da vinculação dos direitos àquele princípio, considera o autor que alguns direitos constituem expresso formalmente de 1º grau da ideia de dignidade, vez que padronizam o conteúdo essencial deles: o direito à vida, à liberdade física ou de consciência, por exemplo, tal como a generalidades dos direitos pessoais, são atributos jurídicos essenciais da dignidade dos homens concretos.

Anote-se, ainda, que outros direitos derivam desse conjunto de direitos naturais ou então o completam com explicações de 2º grau, medidas pela especificidade das circunstâncias sociais e econômicas, políticas e ideológicas, tais como: o direito de manifestação, a liberdade de empresa, o direito de férias pagas, o direito à habitação, à saúde e segurança social não decorrem necessariamente em toda a sua extensão do princípio da dignidade da pessoa humana. Mesmo assim, é este princípio que faz o alicerce de sua previsão constitucional e da sua consideração como direitos fundamentais.

Importa registrar, ainda, que o constituinte, inspirado principalmente no constitucionalismo lusitano e hispânico, não incluiu a dignidade humana no rol dos

direitos e garantias fundamentais, preferindo a denominação de princípio fundamental. Isto se deu pelo motivo de que a dignidade da pessoa humana deve ser encarada como um princípio e não um direito fundamental. E é justamente no princípio da dignidade humana que os direitos fundamentais encontram seu fundamento e podem até mesmo ser deduzidos a partir deste princípio (SARLET, 2006).

Porém, não se pode afirmar que exista um direito à dignidade, pelo fato de a dignidade humana ser intrínseca ao homem, não podendo o ordenamento jurídico conceder ou não tal qualidade ao homem. Quando se fala, equivocadamente, em direito à dignidade, o que se está querendo realmente dizer é que existe um “direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna” (SARLET, 2006, p. 69-70).

Sarlet (2006, p. 71), objetivando demonstrar o enquadramento da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental, e que tal conotação constitucional não reduz a amplitude e magnitude da dignidade humana, afirma que o reconhecimento da condição de norma da dignidade humana, assumindo seu papel de princípio constitucional fundamental, não afasta “o seu papel fundamental geral para toda a ordem jurídica (e não apenas para esta), mas, pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade.”

Ainda de acordo com o autor, o reconhecimento expresso no art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988, de forma pioneira, como fundamento do Estado democrático de Direito, é um divisor de águas no ordenamento jurídico pátrio. E, na ótica do direito comparado, sobre a consagração da dignidade da pessoa humana nos textos constitucionais europeus, extrai-se os exemplos da Constituição alemã (artigo 1º, inciso I), espanhola (preâmbulo e artigo 10.1), grega (artigo 2º, inciso I) e portuguesa (artigo 1º), estando, pois, a Constituição brasileira na vanguarda da tutela da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2006).

Cumprе registrar que, no Mercosul, apenas Brasil e Paraguai consagraram positivamente a dignidade da pessoa humana como norma fundamental (SARLET, 2006), o que reforça a caráter jurídico-normativo do princípio em comento no ordenamento jurídico pátrio, bem como a sua importância no Estado Democrático de Direito.

Desta forma, tratada da dignidade da pessoa humana em seu aspecto evolutivo histórico, seu processo de positivação em nosso ordenamento jurídico, e sua posição em nossa Constituição Federal, resta evidenciada a sua relação com o direito à saúde, de forma que é impossível se pensar em dignidade sem que o ser humano tenha condições de preservar e promover sua saúde.

Conforme demonstraremos, este é apenas um dos aspectos do direito à saúde, em sua dimensão de direito fundamental individual, relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Porém, é preciso analisar também se o direito fundamental à saúde detém também uma dimensão de direito fundamental em seu aspecto social, por isso, no próximo capítulo será analisado o direito fundamental à saúde com base na teoria dos direitos fundamentais sociais.

1.4 DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Os direitos fundamentais explícitos e implícitos na Constituição Federal de 1988 foram colocados pelo legislador na forma legítima do Estado Democrático de Direito, é de dever do Estado a manutenção e garantia ao indivíduo de acesso aos direitos a ele direcionados (BRASIL, 1988).

O Direito à saúde, conforme visto acima, possui uma ligação umbilical com o princípio da dignidade da pessoa humana, possuindo essa característica de direito fundamental individual, portanto, verdadeira cláusula pétrea. Porém, conforme demonstra o artigo 6º, e, também, os artigos 196 e seguintes, todos da Constituição Federal, o direito à saúde também se trata de um direito de cunho social.

Portanto, ainda que minimamente, é preciso trazer à baila algumas considerações sobre os direitos fundamentais, sua abrangência, e classificação doutrinária.

1.4.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O tema direito fundamental trata-se de tema bastante abrangente, porém, deve ser travado no desenvolvimento deste estudo, já que se estará, por diversas vezes, dirigindo a esses direitos.

Porém, limitar-se-á a abordá-los no escopo imprescindível para o desenvolvimento do tema relacionado ao direito à saúde.

Conforme dispõe Bobbio (2004), os direitos fundamentais são efeitos decorrentes de lutas relacionadas a determinados momentos da história na busca de atender as necessidades postas na sociedade no momento de suas reivindicações.

Embora os direitos fundamentais não tenham surgido no mundo antigo, nele se fez o berço de algumas ideias essenciais para o reconhecimento dos direitos inerentes à condição humana, as quais deram origem aos direitos fundamentais, especialmente as ideias de dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade entre os homens, notadamente no pensamento greco-romano e na filosofia judaico-cristã (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Compreende Canotilho (2002) que a história dos direitos fundamentais pode ser separada entre duas épocas: uma anterior ao “Virginia Bill of Rights” (12/06/1776) e à “Déclaration des Droits de L’Homme” et “du Citoyen” (26/08/1789), caracterizada por uma relativa cegueira frente aos direitos do homem; e outra posterior a esses documentos, caracterizada pela constitucionalização ou positivação dos direitos do homem.

A Virginia “Bill of Rights”, ou declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, uma das 13 colônias inglesas na América, foi inspirada nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu, basicamente a declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático e com a limitação de poderes (SILVA, 2009).

Por sua vez, a “*Déclaration des Droits*” de “*L’Homme et du Citoyen*”, ou Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela assembleia constituinte francesa em 27/08/1789, provinda das ideias de Rousseau, Locke e Montesquieu, cujo objetivo era a libertação da opressão do homem do absolutismo e do regime feudal, proclama como princípios a liberdade, a igualdade, a propriedade, a legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas

declarações contemporâneas sem, no entanto, mencionar as liberdades de reunião e de associação (SILVA, 2009).

Na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais estão relacionados com a convivência do cidadão em sociedade, bem como em relação ao Estado, definidos e estabelecidos pela norma; diferente das garantias, que são os meios de obtenção desses direitos. Compreendendo que os direitos fundamentais são aqueles relacionados com a pessoa humana e sua existência individual, social e estatal, concretizando relações jurídicas essenciais para sua existência em sociedade.

De acordo com Ramos (2012, p. 26), o constituinte brasileiro valeu-se de várias terminologias para se referir aos direitos fundamentais:

A nossa Constituição é um retrato acabado de tal situação. De fato, o artigo 4º, inciso II, faz referência a “direitos humanos”. Por outro lado, o título II intitula-se “direitos e garantias fundamentais”. Já o artigo 5º, inciso XLI, menciona os “direitos e liberdades fundamentais” e o seu inciso LXXI adota o termo “direitos e liberdades constitucionais”. Ora, o artigo 5º, parágrafo primeiro, também desse título, utiliza a expressão “direitos e garantias fundamentais”. Já o artigo 17 adota a expressão “direitos fundamentais da pessoa humana”. O artigo 34, ao disciplinar a intervenção federal, faz referência aos “direitos da pessoa humana” (artigo 34, VII, b). Quando trata das cláusulas pétreas, a Constituição ainda faz menção à expressão “direitos e garantias individuais” (artigo 60, parágrafo quarto). No artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, há o uso, novamente, do termo “direitos humanos”.

Os direitos fundamentais, com base na Constituição Federal de 1988, classificam-se em direitos individuais (art. 5º), coletivos (art. 5º), sociais (arts. 6º e 193 e seguintes), nacionalidade (art. 12) e políticos (arts. 14 a 17) (SILVA, 2009). Acrescenta-se os direitos difusos, importante conquista inserida no texto constitucional.

Os direitos individuais, também conhecidos como direitos de primeira geração ou dimensão, são aqueles relacionados pela ausência de atuação do Estado, ou seja, o Estado deve abster-se de intervir das relações entre particulares. Há, neste contexto, a consagração dos direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Nos dizeres de Canotilho (2002), são direitos relacionados à defesa da pessoa humana e de sua dignidade em diante do poder estatal.

Nessa dimensão dos direitos fundamentais, buscou-se solidificar o direito à vida, de forma que o direito à saúde encontra seu posicionamento no mundo jurídico dentro dessa dimensão, sendo o direito à saúde, nos dizeres de SCHWARTZ (2001), direito de primeira geração.

Resumidamente, pode-se dizer que a ausência do Estado, Estado Liberal Clássico, conduziu a situações de desigualdades sociais severas e na busca de minimizar tal efeito é que surgiu o chamado Estado Social de Direito, ainda no anseio de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana; mas, agora, o Estado não deveria mais se abster, mais sim atuar para garantir condições de vida digna. Segundo Bonavides (2013), o Estado passou a ter não apenas obrigações de cunho negativo, prestações negativas, mas também abrangeu sua gama de atuação, passando a ter obrigações de cunho positivo, prestações positivas, portanto, direitos positivos, na busca de reduzir as desigualdades existentes na sociedade.

O Direito à saúde também encontra amparo nessa dimensão dos direitos fundamentais, pois a nossa Constituição Federal o considera como direito fundamental social, bastando para tal constatação na análise dos artigos 6º, 196 e seguintes do texto constitucional.

Os chamados direitos de terceira geração, que são os direitos de solidariedade, conforme exposto por SARLET (2006) ganham força com o fim da Segunda Guerra Mundial, sendo diretos que têm como destinatários o ser humano, contemplando também a dignidade da pessoa humana.

Portanto, os direitos fundamentais, garantidos pelo constituinte, devem ser efetivados e concretizados de acordo com seu objetivo constitucional. A efetividade dos direitos fundamentais está embasada na ideia central de cidadania e dignidade, envolvendo o estado democrático de direito, na defesa de sua legitimidade, pois “a Constituição é lei, mas sobretudo é direito” (BONAVIDES, 2010, p. 582).

Tendo em vista essa densidade normativa que têm os direitos fundamentais e, portanto, o direito à saúde, é que ele não pode ficar sendo discutido no campo teórico, na seara do dever ser, mas sim deve ser implementado na prática, ou seja, os direitos fundamentais são direitos que devem ter eficácia social, e não apenas jurídica.

Por isso os direitos fundamentais precisam ser enxergados não apenas como os direitos que os indivíduos têm em face do Estado, mas sim como a alma de todo o ordenamento jurídico, o que cria obrigações e vinculações para o Poder Público e para os particulares em suas relações com os seus iguais (COSTA; VEIGA; NOGAS, 2019), mas passam a ser a base do ordenamento jurídico do Estado e da sociedade, vinculando o poder público e os particulares nas relações com outros particulares

1.4.2 DO DIREITO À SAÚDE E OS DIREITOS HUMANOS

No tópico acima, demonstramos qual a posição jurídica do direito à saúde em nosso ordenamento jurídico, que conta com uma dupla dimensão, gozando do status de direito fundamental individual, mas também de direito fundamental social.

No âmbito externo, a importância valorativa do direito à saúde também é amplamente reconhecida, daí a necessidade de trazer ao presente estudo alguns aspectos dos direitos humanos, suas similaridades com os direitos fundamentais, e seus pontos de diferenciação, da mesma forma, como o direito à saúde é tratado na análise dos direitos humanos.

Para que se possa fazer uma análise da diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, é necessário trazer em questão quem são os destinatários de sua proteção.

Os termos direitos humanos e direitos fundamentais possuem equivalente conteúdo, e não raras vezes as expressões são utilizadas como sinônimas pelos estudiosos do Direito, pois se reportam a um conjunto de princípios que servem de regras para proteger os bens jurídicos com mais sensibilidade no plano da proteção da dignidade da pessoa humana.

A questão é levantada por Ramos (2012, p. 26), quando aborda a problemática da terminologia:

Na doutrina e no direito positivo (interno e internacional) há ampla utilização de diversos termos e expressões para traduzir o conceito dos chamados “direitos humanos”, tais como, para citar os mais utilizados: “direitos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do homem”, “direitos da pessoa”, “direitos individuais”, “direitos fundamentais da pessoa humana”, “direitos públicos subjetivos” e, por fim, a expressão já mencionada “direitos humanos”.

Não obstante, direitos humanos e direitos fundamentais não se confundem, daí a necessidade de diferenciá-los, para então compreender a magnitude e importância dos direitos sociais na atualidade, bem como a necessidade de se reconhecer os direitos sociais como direitos fundamentais.

Ao tratar da problemática terminológica, Sarlet (2006, p. 35-36) explica o primeiro fator preponderante da distinção entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais nos seguintes termos:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Portanto, a expressão direitos humanos guarda uma relação com o direito internacional, visto que determinam o reconhecimento das posições jurídicas básicas que reconhecem o homem sem que o vincule a uma determinada ordem constitucional de um Estado. Lado outro, a expressão "direitos fundamentais" está relacionada ao direito do ser humano, os quais estão legitimados pelo direito constitucional positivo de um determinado Estado.

Tais conceitos não devem ser entendidos como sinônimos, visto que a efetivação de cada um é diferente, como pontua Sarlet (2006, p. 40), para quem "importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional)", e o autor ainda acrescenta ser necessário o aprofundamento na noção de que os direitos humanos, pelo menos em tese, possuem maior grau de efetivação, "particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos".

Por sua vez, Canotilho (2002, p. 369) aduz que os direitos fundamentais e os direitos humanos, segundo seu significado e a sua origem, possuem a seguinte distinção:

[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista): direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal: os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Fato é que os direitos humanos são garantias relacionadas à existência da pessoa, do homem como reais para todo o Estado positivo, mas não possuem aplicação simplificada e acessível a todas as pessoas.

Entretanto, os direitos fundamentais são instituídos por regras e princípios constitucionais, sendo assim, limitados aos dos direitos humanos, sendo que estes visam estabelecer a garantia da existência da dignidade da pessoa humana, embora não se possa negar a inter-relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, como defende Sarlet (2006, p. 42):

[...] Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões 'direitos humanos' (ou direitos humanos fundamentais) e 'direitos fundamentais', reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas.

Entendidos os aspectos acima apontados sobre os direitos humanos e seus pontos de encontro e separação com os direitos fundamentais, é preciso trazer um conceito sobre os direitos humanos, e Ramos (2012) ensina que existem três conceitos sobre o que eles seriam. O primeiro conceito seria aquele designado como tautológico, já que não traz elemento algum que permita demonstrar tais direitos, ao contrário disso, apenas dispõe que os direitos humanos são aqueles que correspondem ao homem pelo simples fato de ser homem.

Já o segundo tipo de conceituação elencada por Ramos (2012) é a chamada definição formal, pois não há preocupação em delinear o conteúdo dos direitos humanos, mas sim, em indicar que estão sujeitos a um regime jurídico diferenciado,

trata-se de um conjunto de direitos pertencentes a todos os homens, sujeitos a um regime jurídico do qual não se pode dispor de modo que não pode haver privação. E conclui dispondo sobre a conceituação teológica ou finalística, em que a preocupação é com o objetivo, ou seja, com os fins que são perseguidos com os direitos humanos, sendo conceituado, nesse aspecto, por exemplo, como aqueles que são essenciais viabilizar e desenvolver com dignidade da pessoa humana.

Comparato (2004) defende que os direitos humanos são os valores mais importantes da convivência humana, sem os quais as sociedades perecem através de um processo irreversível de degradação. Vale dizer também que essas sociedades estão em constante processo de mudança, visto que o ser humano nunca se tornará permanente ou imutável, caracterizando-se por um inesgotável devir, um constante processo de evolução.

Os direitos humanos são “regidos por princípios cujo objetivo é dar coesão ao todo e permitir que sejam feitas correções quando tomarem rumos equivocados ou em casos de conflitos ou transformações” (COMPARATO, 2004, p. 26). Trata-se, portanto, de uma disciplina que visa a proteção da pessoa humana e de sua dignidade, preocupando-se em amparar não os Estados, mas os indivíduos que dele fazem parte (COMPARATO, 2004).

Os princípios citados pelo autor dizem respeito aos valores éticos – os chamados princípios axiológicos, baseados na tríade republicana francesa “liberdade, igualdade e fraternidade (este último como sinônimo de solidariedade)” – ou à estrutura dos direitos, que neste caso firmam-se na irrevogabilidade e na complementariedade solidária (COMPARATO, 2004).

Por irrevogabilidade, entende-se que, uma vez declarado oficialmente um direito, não há como voltar atrás e ele permanecerá em vigor. O rol de direitos humanos pode apenas ser ampliado, jamais suprimido (COMPARATO, 2004).

Assim como os direitos fundamentais, os direitos humanos, comumente, são divididos em três gerações. Da primeira geração fazem parte os direitos civis e políticos. Seus elementos de destaque são o valor da liberdade, o direito de ir e vir, a liberdade de pensamento, de reunião, de filiação partidária (REIS, 2006).

Sobre a divisão dos direitos humanos em gerações bem adverte Costa, Veiga e Nogas (2019, p. 97-114) dispondo que:

Evidentemente que uma dimensão subjetiva de direitos do indivíduo frente ao Estado, não surgiu de forma vertiginosa. A classificação dimensional, ou geracional, diz respeito ao reconhecimento e afirmação histórica dos direitos fundamentais no decorrer do tempo, sendo uma classificação dinâmica, não estática, que deriva de autores como Norberto Bobbio e Paulo Bonavides.

E continuam a dispor sobre a característica da indivisibilidade das gerações dos direitos fundamentais nos seguintes termos:

Nessa perspectiva, a teoria geracional reconhece a indivisibilidade dos direitos fundamentais, ainda que, didaticamente, diferenciando os direitos fundamentais em gerações históricas. (COSTA; VEIGA; NOGAS, 2019, p. 97-114).

No que tange à internacionalização dos direitos humanos, se uma norma com temática relacionada aos direitos humanos entra em conflito nos âmbitos interno e internacional, a doutrina majoritária defende que deve prevalecer a norma internacional em razão de seu caráter de consciência ética universal (REIS, 2006).

No Brasil, desde o ano de 2004, quando veio a lume a Emenda Constitucional nº 45, as normas internacionais de direitos humanos têm caráter de Emenda Constitucional, conforme se extrai do art. 5º, § 3º, que apresenta a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Para os demais temas de tratados internacionais, que entram em vigor no país após aprovação no Congresso Nacional e promulgação do Presidente da República, o caráter atribuído é de lei ordinária (ARAÚJO; LEHFELD, 2006).

Dentre os documentos internacionais que trazem a proteção e a garantia do direito à saúde, temos de destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. No pós-Segunda Guerra Mundial, como consequência das reflexões da sociedade acerca das atrocidades cometidas naquele período em razão da existência dos Estados totalitários, surgiram dois importantes documentos aprovados pela Assembleia Geral da ONU: a Declaração Universal dos direitos

humanos e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, ambas de 1948 (REIS, 2006).

É na Declaração Universal dos direitos humanos que se encontra a mais fundamental premissa aplicável a todos os seres humanos participantes de uma sociedade organizada, gravada com o seguinte texto: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (COMPARATO, 2004, p. 20). Além do princípio da igualdade, a Declaração introduziu também a ideia da dignidade da pessoa humana.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no parágrafo 1º do artigo 25, dispõe-se que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar. Além do mais, por óbvio, quando a Declaração protege o direito à vida, e tantas outras liberdades, também está, reflexamente, protegendo o direito à saúde.

Outro documento internacional que também reforça o dever dos Estados em proteger a saúde é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, que conta com dois importantes protocolos, sendo que o primeiro trata dos direitos econômicos sociais e culturais, elaborado em 1988, na cidade de San Salvador; e o segundo, datado de 1990, trata sobre a abolição da pena de morte (MAZZUOLI, 2010).

O conhecido Pacto de San José da Costa Rica (1969), por diversas vezes traz expressamente em seu texto a necessidade de proteção e promoção à saúde, conforme se pode constatar por meio da análise dos artigos 12, item 3º; 13, item 2º, alínea “b”; 15; 16, item 2º; e artigo 22, item 3º.

Por fim, destaca-se ainda o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que tem um destaque maior no que tange a proteção da saúde, já que, do ponto de vista histórico, a saúde sempre foi relacionada aos direitos sociais.

Dentro desse instrumento internacional, dentre outros dispositivos que tratam da saúde, podemos destacar o artigo 12, que dispõe em seu 1º item, que toda a pessoa tem direito de desfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental (DECRETO nº 591, de 06 de julho de 1992).

Existem diversos outros documentos internacionais que tratam da proteção à saúde, demonstrando que no âmbito internacional se trata de um direito amplamente reconhecido, cuja necessidade de efetivação é medida que se faz necessária.

Daí se faz necessário, ainda que minimamente, tecermos algumas considerações sobre a eficácia jurídica e a eficácia social dos direitos fundamentais.

1.4.3 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Problema da falta de efetividade, ou eficácia social, ainda é questão recorrente em nossa atualidade, mesmo tendo se passado mais de três décadas da promulgação de nossa Constituição Federal.

Primeiramente, deve-se diferenciar eficácia (eficácia jurídica) de efetividade (eficácia social). Segundo Sarlet (2007, p. 253):

[...] podemos definir eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicado a casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.

A eficácia (BARROSO, 2006) é a capacidade de a norma de produzir efeitos de irradiação de suas consequências e atingir a finalidade para a qual foi gerada.

Ainda de acordo com Barroso (2013, p. 221):

A efetividade, em suma, significa a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

A efetividade depende da eficácia jurídica, pois uma norma não se realiza (efetividade) sem uma mínima chance de ser aplicada (eficácia jurídica) (BULOS, 2014). A recíproca é verdadeira, pois a “liberdade jurídica, isto é, a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática (real), isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas.” (ALEXY, 2014, p. 503).

Segundo Barroso (2006), vale ainda destacar que fatos jurídicos são uma manifestação de vontade humana chamada atos jurídicos, e quando emanados do poder público, serão legislativos, administrativos ou judiciais. Os atos jurídicos possuem três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. O plano da existência dos atos jurídicos verifica-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos, normalmente: agente, objeto e forma definidos pela lei; no entanto, dizer que uma norma é válida (vigente), não significa dizer que esta é eficaz.

Na opinião de Alexy (2014, p. 32), “dizer que determinados direitos fundamentais são válidos significa dizer que as estruturas necessárias, e algumas das estruturas possíveis, foram realizadas”.

Discorre Reale (2002) que há norma legais que por contrariarem inclinações ou tendências da sociedade, somente são cumpridas compulsoriamente, possuindo assim validade, mas não eficácia espontânea, e sim eficácia compulsória, a eficácia espontânea ocorre quando a norma se incorpora no modo de agir e ser da sociedade.

Desde que exista sentimento constitucional, no sentido de os órgãos públicos e os particulares adequarem suas condutas ao dever ser das prescrições supremas do Estado, o texto magno passa a incorporar o estado espiritual de seu tempo. Só assim logrará supremacia material. Do contrário, torna-se letra morta, sem qualquer importância palpável na vida de relações (BULOS, 2014).

Portanto, é incontroversa a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de defesa, podendo sua exigibilidade ser requerida em juízo no que tange a norma de dimensão negativa. No entanto, no que tange a dimensão de prestação, aferimos a Sarlet o sentido de que a aplicabilidade de uma norma não tem o mesmo grau e *modus operandi* para todos os direitos sociais (LOPES, 2013).

Conforme restou consignado acima, os direitos fundamentais podem ser dotados de eficácia jurídica e eficácia social. Estabelecida a distinção entre elas é preciso saber se o direito à saúde, em nosso país, vem atendendo não apenas as condições de eficácia jurídica, mas também de eficácia social.

Antes, porém, é preciso avançar um pouco mais no tema dos direitos fundamentais e, haja vista, conforme visto acima, nossa Constituição Federal dispõe

de forma expressa a saúde como verdadeiro direito social, passa-se a discorrer sobre tais direitos.

1.4.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais exercem funções na ordem jurídica e nas relações humanas para melhorar o entendimento e aplicação em algum determinado caso. Neste sentido, “passa-se da análise de um esquema lógico abstrato (norma) para uma análise ligada à realidade” (MEIRELES, 2008, p. 130).

Os direitos fundamentais, assim como outros direitos inerentes ao desenvolvimento do ser humano, são atrelados a aspectos sociais e históricos que alteraram a história desde o período mais distante até a época atual.

Diante do posicionamento dos estudiosos do direito, e também de cientistas sociais, os direitos fundamentais são determinados pela ordem como os mais importantes para a vida em sociedade e a harmonia entre os povos, devendo ser seguidos e respeitados por todos de forma clara e segura.

Os direitos sociais, como visto alhures, se encontram consagrados no âmbito dos direitos humanos de segunda dimensão ou geração. Contam com a participação do Estado, coadunam-se com a elevação social do indivíduo, tendo como marco inicial a Constituição Mexicana de 1917 e principalmente a da República de Weimar, constituída logo após o fim da primeira grande guerra na Alemanha em 1918, que legitimaram os direitos sociais, econômicos, trabalhistas e culturais nas garantias dos direitos fundamentais.

Importante frisar que os direitos sociais tiveram surgimento após a Revolução Industrial do século XIX na Inglaterra e foram positivados nas Constituições do México (1917), da Alemanha (1919) e do Brasil (1934) como normas de programas, ou normas programáticas.

Observado o conceito de direitos sociais nas palavras de Moraes (2009, p. 195):

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 de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Para além, a Carta constitucional de 1988, no seu capítulo II nomeado Direitos sociais de título Direitos e Garantias Fundamentais evidencia a razão da importância das garantias ali elencadas, em virtude de sua necessidade e características (BRASIL, 1988). O histórico das conquistas dos Direitos Sociais é advindo de movimentos marcantes pela busca e compreensão da importância da dignidade da pessoa humana.

Os Direitos e garantias direcionados ao indivíduo estão em quase todo o corpo do texto constitucional, é meritória a força que os direitos fundamentais exercem para o Estado democrático de Direito, tornando-os indispensáveis para o desenvolvimento de políticas públicas com finalidade a efetivar direitos sociais.

Tais normas, segundo Krell (2000, p. 27), definem “metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas ‘normas programa’ prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas [...] constituem direito diretamente aplicável”.

Acrescenta o autor que há operadores do direito que rechaçam a utilização da expressão “normas programáticas”, já que esta foi utilizada no passado para “ênfatar um pretense caráter não jurídico e meramente político das mesmas, com finalidade de criar um ‘bloqueio’ para a sua efetividade”, o que acaba por desvirtuar a razão de ser dos direitos fundamentais, comprometendo a sua efetividade (KRELL, 2000, p. 27).

Oliveira (2000, p. 64), por sua vez, ao tratar da classificação dos direitos sociais, econômicos e culturais, invoca a proposta pela Organização dos Estados Americanos (OEA), nos seguintes termos:

Ao tratar de direitos econômicos, sociais e culturais, a Convenção de São José remete para a Carta da Organização dos Estados Americanos, de modo especial para os artigos 31, 43 e 50, que tratam desses direitos. Conforme isso, os direitos econômicos compreendem: distribuição adequada de renda, sistema tributário adequado e equitativo, regime equitativo de posse de terra, estabilidade de preços internos, salários justos, emprego, condições de trabalho aceitáveis, assistência médica moderna,

alimentação adequada, habitação apropriada, vida urbana sadia. Os direitos sociais compreendem: igualdade de oportunidades e segurança econômica, trabalho, livre associação profissional, incorporação e participação às populações marginais na vida econômica e social, reconhecimento da importância da contribuição de associações profissionais, sindicatos e cooperativas, previdência social eficiente e assistência legal. Os direitos culturais são os seguintes: ensino primário oficial e gratuito, ensino médio visando à promoção social e diversificado que atenda ao desenvolvimento do país, educação superior de alto nível e acessível a todos, gozo dos bens de cultura.

Na Constituição da República de 1988, os direitos sociais estão inseridos no Capítulo II, do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, artigo 6º, posteriormente, nos artigos 7º ao 11. Já no Título VIII, nos artigos 193 ao 232, trata da Ordem Social.

Devem os direitos sociais, portanto, ser compreendidos em conjunto com a Ordem Social:

Esta forma é dada precisamente no título da ordem social. Cindindo-se a matéria, como se fez o constituinte não atendeu aos melhores critérios metodológicos, mas dá ao jurista a possibilidade de extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deles tratando aqui, deixando para tratar, na ordem social, de seus mecanismos e aspectos organizacionais (SILVA, 2009, p. 284).

Cumprir registrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu de partida para os direitos fundamentais com os dois tratados sobre direitos humanos da Organização das Nações Unidas: o Tratado Internacional dos Direitos Civis e Políticos relacionados à primeira dimensão; e o Tratado Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este relacionado à segunda dimensão (ZIMMERMANN, 2002, p. 39).

Ao contrário da primeira dimensão dos direitos humanos, que tem como característica uma dimensão negativa que visa estabelecer uma intervenção do Estado em relação ao indivíduo, a segunda dimensão é caracterizada por uma dimensão positiva, ou seja, trata-se de uma obrigação de fazer do Estado para com a sociedade.

Segundo Trentin (2003, p. 39), essa geração de direitos é constituída com a finalidade de “obrigar o Estado a satisfazer as necessidades da coletividade, compreendendo o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, educação e inclusive ao lazer”.

Com relação a essa afirmação é que se pode dizer que os direitos de segunda dimensão estão relacionados à liberdade social, visto que o Estado tem o dever de proporcionar o bem estar da sociedade, como disserta Sarlet (2012, p. 52):

[...] a expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos [...], na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um menor grau de poder econômico.

Assim, os direitos sociais encontram-se positivados na nossa atual Constituição, incluindo também os direitos não escritos e que estão estabelecidos por meio das Convenções e Tratados Internacionais e, repita-se, os expressamente previstos no texto constitucional.

A democracia liberal limitou as intervenções do Estado em relação ao direito de liberdade individual do cidadão, e reconheceu os direitos civis e políticos. Diante do exposto, entende-se que nesta fase que se consolidou a democracia social, em que o Estado tem a obrigação de agir nas relações nas quais exista a hipossuficiência, buscando uma relação de equilíbrio aos menos favorecidos e oferecendo ao cidadão uma vida digna na sociedade em que vive.

Portanto, os direitos sociais, que se encontram arrolados no texto constitucional de 1988, são caracterizados também como preceitos de ordem pública, desencadeando assim a sua inviolabilidade e devendo ser interpretados sempre à luz do princípio da aplicação imediata. Sendo assim, o princípio da aplicação imediata não se resume apenas ao artigo 5º da Constituição Federal.

Destaca-se que cada direito social se coloca de forma diversa frente às demais categorias de prestação estatal. É na forma colocada no texto constitucional as diferentes espécies de prestações que efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais, conseqüentemente sua vinculação com o legislador, ganhando relevo o direito fundamental à saúde, objeto do próximo tópico.

2 DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Para uma melhor compreensão do tema, faz-se necessária uma primeira abordagem de como o direito à saúde vem disciplinado em nossa Constituição Federal, para depois tratar-se do ordenamento jurídico infraconstitucional que trata da matéria.

2.1 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde em nossa Constituição Federal de 1988 vem previsto logo no início, já no preâmbulo, ainda de forma indireta, senão vejamos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais** e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Veja que já no preâmbulo há a consagração de Estado Democrático Social, em que se reconhece a existência de direitos sociais, entre os quais está inserido o direito à saúde.

O artigo 1º inciso, inciso III, da Constituição Federal traz como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, que, conforme demonstrado no capítulo inaugural do presente estudo, possui pertinência com o direito à saúde como decorrência do direito à vida.

O artigo 3º da Constituição, que trata dos objetivos fundamentais de nossa república, traz no inciso IV a necessidade de buscar a promoção do bem estar de todos; já o inciso III do mesmo artigo trata da redução das desigualdades sociais, obviamente que a busca de bem estar e a redução das desigualdades sociais passam pela promoção e preservação do direito à saúde.

O artigo 5º caput, dentre outros, vem mais uma vez consagrar o direito à vida, que, conforme já exposto, tem íntima ligação com o direito à saúde.

Do até aqui exposto não restam dúvidas quanto à importância dos direitos fundamentais sociais, mormente o direito à saúde.

A Constituição Federal de 1988 inovou em diversos aspectos, entre os quais se destaca, pela pertinência temática com a presente pesquisa, o rol dos direitos sociais fundamentais básicos, a teor do que se extrai do caput do art. 6º: “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” (BRASIL, 1988).

A saúde restou, assim, reconhecida como um direito social inviolável do cidadão, espécie do gênero dos direitos fundamentais, com todas as garantias a ele inerentes.

Por ser a saúde um direito fundamental, reveste-se de elevado valor constitucional com o intuito de garantir ao indivíduo os meios necessários para uma vida digna. Tal categoria de norma jurídica goza de efetividade, imperatividade e aplicabilidade imediata, consoante dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Para Tavares (2020, p. 61), com o crescimento da atuação do Estado em serviços para atender aos menos favorecidos, houve um crescente aumento nas despesas estatais, ocasionando o “realce das teorias econômicas ultraliberaes, de defesa da redução do Estado a uma configuração mínima de garantidor das liberdades foram adotadas políticas de desregulação privatização e de diminuição da intervenção pública no controle da economia” em alguns países da Europa e, posteriormente, também na América Latina.

Hodiernamente, esse âmbito relacional entre Estado e indivíduo aumentou consideravelmente. Logo, toda interpretação de direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais. E esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficaram de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem

democrática do Estado de Direito em que jaz a eficácia das regras constitucionais repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição (BONAVIDES, 2010).

Desta feita, os direitos sociais, consagrados nas Constituições constituem-se em dilema, na atualidade, em razão da necessidade de medidas que visem à redução da exclusão social em contraposição aos interesses econômicos:

De fato, há uma correspondência entre a formulação da constituição dirigente, especialmente a partir da obra de José Joaquim Gomes Canotilho, e a ideia de um direito administrativo voltado à concretização, pela Administração pública, dos ditamos constitucionais e, em decorrência, de políticas públicas. A ideia da Constituição programática-dirigente, cuja atualização deve ser feita pelo legislador com base no conceito de reenvio dinâmico, [...]. Assim como Canotilho trata da cooperação do legislador infraconstitucional na 'determinação' e 'conformação material' da Constituição, o enfoque das políticas públicas destaca o papel da Administração na 'determinação formal' material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo (BUCCI, 2002, p. 248-249).

Resta claro que os direitos fundamentais acrescentaram valores às normas constitucionais a fim de que essas alcancem a concretização no plano real. Para isso, leva-se em conta a democracia, a cidadania e o Estado Constitucional de Direito.

Acontece que, na atualidade, muito se questiona acerca da efetividade dos direitos sociais e, por conseguinte, se estes efetivamente são respeitados, pois o Estado vem se demonstrando omissor, e direitos básicos como saúde, educação, lazer, dentre outros, são mitigados, tendo os cidadãos que se valer, não raras vezes, de ações judiciais para conseguir vagas em escolas, ou mesmo transferências para um determinado hospital, ou o fornecimento de determinada medicação, exemplos esses que demonstram a precariedade dos direitos sociais em um Estado Democrático de Direito.

Em se tratando do direito à saúde, a questão ganha ainda mais relevo, principalmente se considerado o fato de que um grande número de brasileiros não tem acesso às condições mínimas de saúde, o que compromete a sua dignidade.

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, é indispensável e elementar destacar o direito à vida, daqui se dá o ponto de partida aos demais direitos fundamentais do homem. O que resulta a narrar que, em casos de

enfermidades e necessidades relativas à saúde, o indivíduo tem direito e garantia ao acesso ao tratamento adequado independente de sua situação econômica.

Com fulcro no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, o Estado reconhece essa prerrogativa:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

A previsão clara, com caráter universal e de maneira imperativa ao Estado, demonstra a preocupação social do constituinte, criando verdadeira obrigação para o Estado que deve promover políticas públicas para promover o bem estar de sua população.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que existe outro instrumento normativo em matéria de saúde, qual seja, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, cujo texto destaca a importância da promoção da saúde em uma sociedade democrática.

Na Constituição Federal de 1988 tem-se, ainda, o disposto no art. 197:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1988).

Da análise do dispositivo acima, verifica-se a intenção do legislador constituinte em classificar no mundo jurídico a prestação do serviço de saúde, inserindo-a no rol de serviços de relevância pública, não deixando margens para qualquer interpretação em sentido contrário.

Segundo Rocha (1999), a expressão relevância pública pode ser entendida como indicativa das ações e serviços de saúde que precisam ser adotadas pelo Estado e também pela iniciativa privada, tendo por escopo a defesa da vida.

Desta forma, mais uma vez o constituinte quis enfatizar a importância do direito à saúde, dispondo de forma expressa acerca de sua posição no mundo jurídico, pois, ao considerar o serviço de saúde como sendo de relevância pública, a

constituição pretendeu demonstrar o cuidado que deve ter ao executar tal serviço público.

Entretanto, a legislação atual deixou à escolha do indivíduo a liberdade de escolha da via em que opta pela assistência à saúde, podendo essa ser privada ou não. Veja-se:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, 1988).

A questão da iniciativa privada atuando na prestação do serviço de saúde será abordada mais especificamente no tópico abaixo, porém, é inegável a consagração do dever do Estado de prestar um serviço de saúde digno e com qualidade, visando o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana no que tange a proteção do direito à vida.

Existem ainda outros dispositivos constitucionais atrelados à saúde e que encontram amparo na Constituição Federal de 1988, como o artigo 24, inciso XII, que trata da competência legislativa da União, dos Estados e do Distrito Federal para dispor sobre a saúde.

Segundo Weichert (2004), em se tratando de saúde, a competência para legislar pertence a todos os entes da federação, porém, disposta de maneira verticalizada, já que a União editaria normas gerais, os Estados editam normas complementares, e os Municípios legislam de maneira complementar dentro de sua esfera de atribuições, nos moldes do artigo 30, inciso I, e II, da Constituição Federal.

No que tange a competência material, temos o artigo 23, inciso II da Constituição Federal que dispõe que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde. Nos ensinamentos de

Weichert (2004), trata-se de tarefa comum, que deve ser executada por todos os entes federados.

Por fim, destacamos o artigo 227 da Constituição Federal que dispõe que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à **saúde**, à alimentação, à educação, ao Lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988).

Desta forma, nota-se a imensa preocupação do constituinte com a necessidade de preservar e promover a saúde, criando todo um sistema de normas constitucionais com o objetivo de garanti-la.

2.2 DIREITO À SAÚDE E O SISTEMA DE SAÚDE ATUAL

Antes de se tratar do tema saúde, é importante trazer à baila o entendimento da Organização Mundial de Saúde, de que a saúde não é apenas a ausência de doenças, mas sim a promoção do bem-estar. Tal acepção serviu de parâmetro ao legislador, que, ao elaborar a lei do Sistema de Saúde (Lei nº 8.080/1990), trouxe no artigo 3º e parágrafo único, uma definição legal do que seria a saúde. Vejamos:

Art. 3º. Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

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 (BRASIL, 1990).

O marco infralegal da regulamentação do direito à saúde no Brasil ocorre com a promulgação da Lei nº 8.080, de 19 setembro de 1990, conhecida com a “Lei Orgânica da Saúde”, a qual determina em seu art. 1º: “Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado” (BRASIL, 1990).

O mesmo diploma legal dispõe em seu preâmbulo “sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências” (BRASIL, 1990).

Vale destacar que a gênese do SUS pode ser encontrada por ocasião da 8ª Conferência Nacional da Saúde, sendo esta concepção recebida pela Constituição Federal de 1988, fruto do “Movimento Sanitarista”, que buscava dar tratamento constitucional à questão da saúde, tão relegada nos anos anteriores.

Segundo o art. 198 da Constituição Federal de 1988, deveria ser instituído um sistema único, que executaria as ações e serviços públicos de saúde, integrados de forma regionalizada e hierarquizada, tendo por diretrizes a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

Buscando atender a esse comando constitucional, é promulgada a Lei nº 8.080/1990, substituindo a Lei nº 6.229/1975, que dispunha sobre o Sistema Nacional de Saúde, o qual se mostrava insuficiente para atender às necessidades dos indivíduos, pois o Ministério da Saúde priorizava as campanhas de vacinação e o controle de endemias em detrimento dos demais serviços terapêuticos.

No que tange ao atendimento médico-hospitalar, tal tratamento era praticado pelo extinto INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, então autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social.

Ocorre que tal atendimento levava em consideração as contribuições previdenciárias, como se fosse uma espécie de seguro social, cujo tratamento era dispendido somente aos contribuintes e seus dependentes, excluindo-se todos os demais cidadãos.

Tal prática discriminatória acabava por gerar cidadãos de primeira e segunda classe, em que aqueles detinham mais direitos do que estes. Isso porque um trabalhador sem vínculo formal de emprego ficava impedido de receber atendimento pela entidade. Com isso já é possível imaginar o contingente de milhões de pessoas que simplesmente deixavam de ser protegidas pelo sistema de saúde.

Logo, com a fundação do SUS, ocorre uma verdadeira evolução em matéria de políticas públicas da área da saúde, constituindo-se em um patrimônio da sociedade brasileira dos mais importantes.

Cuida-se o SUS de legítima política de estado, e não de governo, que é (ou deveria ser) insuscetível aos interesses político-ideológicos, não podendo ser cooptada por determinado partido que estivesse no poder para fins casuísticos. Em outras palavras, trata-se de uma política pública contínua, prevista constitucionalmente dada a sua importância, pois a saúde adquire sinônimo de cidadania e, em última análise, de direito à vida.

Portanto, diante da relevância que o Sistema Único de Saúde possui como política de estado, eis que indispensável para a concretização de um dos direitos sociais mais importantes, torna-se imprescindível estudar os órgãos que compõem a sua estrutura administrativa, seus princípios e seus objetivos.

Em que pese todos os entes político-federativos possuírem competência para legislar sobre a matéria, não significa que todos possam produzir normas conforme bem entenderem, o que certamente acarretaria a desorganização do sistema e a ineficiência do sistema de saúde pública, distanciando-se dos objetivos traçados pela Constituição. Por isso, conforme já exposto, o art. 23, parágrafo único, dispõe que os entes devem cooperar entre si, objetivando o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, foi editada a Lei n.º 8.080/1990 que, em seu art. 9º, estabelece os órgãos responsáveis em cada nível federativo pela direção do SUS:

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde - SUS é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. (BRASIL, 1990).

Há ainda, em cada esfera governamental, dois espaços para que a sociedade possa participar da gerência do SUS, democratizando a sua gestão. São eles as conferências de saúde e os conselhos de saúde, como forma de cumprir o determinado pelo art. 198, III, da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei nº 8.142/1990.

Esse modelo de gestão que garantiu a atuação popular rompeu com o modelo contributivo anterior, o qual era excludente e discriminatório. Tal participação foi

obtida após intensas lutas pela sociedade civil organizada, responsável pela construção da definição da saúde como é conhecida hoje: um direito social fundamental do cidadão.

Também integram a estrutura do SUS as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite. A Lei nº 12.466/2011 reconheceu essas comissões como “foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS)” (art. 14-A), bem como reconheceu o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) como “entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde e declarados de utilidade pública e de relevante função social” (art. 14-B) (BRASIL, 2011).

Anote-se, ainda, que diversos são os princípios que alicerçam o SUS, tendo a função de informar o sistema, nortear os atos administrativos e traçar os parâmetros de atuação tanto para o agente público quanto para a população, permitindo o controle social das políticas públicas. E essa diversidade principiológica causa grande divergência doutrinária, sobretudo pela falta de precisão legislativa sobre o tema, que muitas vezes confunde “princípio” com “diretrizes”.

Entretanto, da leitura dos arts. 196 e 198 da Constituição Federal é possível extrair os seguintes princípios implícitos: a) universalidade; b) unicidade; c) regionalização; d) hierarquização; e) igualdade.

Por outro lado, a Lei nº 8.080/1990 indica, em seu art. 7º, treze princípios que regem o SUS, ampliando-se a previsão constitucional:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso;
- II - integralidade de assistência;
- III - preservação da autonomia das pessoas;
- IV - igualdade da assistência;
- V - direito à informação;
- VI - divulgação de informações;
- VII - utilização da epidemiologia;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos (BRASIL, 1990).

Conforme se pode observar no dispositivo acima, a Lei Orgânica da Saúde empregou a palavra “diretrizes” como sinônimo de “princípios”, o que gerou ainda mais confusão acerca do real alcance das expressões. E a doutrina, como dito, ora costuma fazer distinção entre as expressões, ora também as utiliza como sinônimos, o que em nada contribuiu para esclarecer o debate.

Diante dessa imensa dissonância teórica, no presente trabalho serão trabalhados apenas os princípios elencados expressamente no texto constitucional, quais sejam, universalidade, unicidade, regionalização, hierarquização e igualdade.

O primeiro princípio é o da universalidade. Cuida-se do princípio mais importante que norteia a saúde pública, adquirindo especial relevância para com os objetivos ora propostos nesta pesquisa. Sua base normativa pode ser extraída do art. 196, da Constituição vigente, constituindo-se a saúde em um direito de todos e dever do estado, abrangendo inclusive os estrangeiros, sem qualquer discriminação. O art. 7º, I, da Lei Orgânica da Saúde também reforça a ideia contida no referido dispositivo constitucional.

Esse princípio rompeu com o paradigma anterior, no qual a saúde era mercantilizada e prestada como se fosse uma espécie de seguro social, em que apenas os que detivessem emprego formal e vertessem contribuições previdenciárias ao sistema poderiam dele usufruir, excluindo-se um imenso contingente de cidadãos mais humildes, que dependiam da caridade de terceiros para a promoção da sua saúde.

Na verdade, o grande dilema do SUS é dar efetividade a esse princípio, garantindo “tudo para todos” em matéria de saúde pública. Não raramente o princípio da universalidade é visto com maus olhos por aqueles que não necessitam usufruir do SUS, uma vez que possuem condições financeiras de arcar com tratamentos privados, dispensando a rede pública de saúde.

Todavia, insta salientar que o SUS desconsidera a situação socioeconômica do paciente quando do atendimento, posto que nem a própria Constituição Federal

tratou de incorporar tal critério como condição para tratamento na rede pública de saúde.

Pelo contrário, a Constituição e a legislação infralegal em diversos momentos ressaltam a integralidade no atendimento (aqui entendido como um desdobramento do próprio princípio da universalidade) a todos os cidadãos, independentemente do seu poder aquisitivo, conforme explica Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 73):

Trata-se, contudo, de um falso dilema, já que a noção de universalidade foi conjugada à de igualdade, vale dizer, o art. 196 preconiza literalmente que o acesso à saúde seja simultaneamente universal e igualitário. Logo, uma pessoa que possua condição econômica pode, sim, fazer uso de qualquer serviço público de saúde, desde que em condições de igualdade com os demais cidadãos, o que acaba por determinar naturalmente uma situação de equidade.

Especificamente sobre essa integralidade no atendimento, é necessário mencionar que o SUS presta serviços de saúde pública destinados à sua prevenção, promoção e recuperação, tanto de forma preventiva quanto curativa. Aliás, é sabido que diversos pacientes ao terem negado seu pleito perante os planos de saúde, ou mesmo diante de uma situação emergencial, também acabam utilizando os serviços do SUS, reforçando o ideal constitucional de que a saúde pública é um direito de todos e dever do Estado.

Entretanto, infelizmente há um abismo entre o que o legislador determinou e a prática realizada pelo Estado. A verdade é que a Constituição Federal de 1988 muito promete, mas a Administração Pública pouco cumpre. E, com isso, vão se avolumando as ações judiciais propostas por pacientes que tentam efetivar tal direito fundamental, após terem seu pedido negado na instância administrativa.

Entender as causas da judicialização da saúde, bem como as suas consequências, além indicar as suas vantagens e desvantagens da opção pela via judicial, torna-se imprescindível para traçar alguns parâmetros de atuação jurisdicional na tentativa de fortalecer o próprio direito à saúde, observando-se as limitações jurídicas e econômicas da realidade brasileira.

Tem-se, ainda, o princípio da unicidade. O referido princípio obriga que os entes político-federativos atuem de forma harmônica no planejamento e execução das políticas públicas de saúde, prezando pela eficiência do sistema, que é uno.

O mesmo princípio busca evitar que os diversos órgãos integrantes do SUS pratiquem condutas contraditórias entre si, desperdiçando recursos e acarretando a ineficiência do sistema.

A promoção efetiva da saúde apenas será alcançada se a estrutura administrativa for voltada aos usuários do serviço público, como forma de atender a outro princípio constitucionalmente previsto e direcionado à Administração Pública, qual seja, o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, da CF).

Dando seguimento, tem-se o princípio da regionalização e hierarquização. Em um país de dimensões continentais e com uma das maiores populações do mundo, resta evidente que as políticas públicas de saúde devem ser distribuídas entre os mais diversos órgãos e entidades integrantes do sistema, otimizando-se tais serviços.

Assim, tais princípios prescrevem que o cidadão deva buscar, primeiramente, o tratamento básico de saúde em unidades voltadas para o atendimento mais simples. Em havendo a necessidade de um tratamento especializado, o cidadão, aí sim, será encaminhado a um centro de tratamento mais complexo, evitando-se o congestionamento do SUS.

Outrossim, é o sistema público de saúde norteado pelo princípio da igualdade. Consoante o previsto no art. 196 da Constituição Federal de 1988, as ações da área da saúde, preventivas e curativas, devem ser prestadas de forma igualitária à sociedade. O princípio da igualdade objetiva, assim, saldar o déficit social oriundo de governos anteriores, garantindo não somente a igualdade formal entre os indivíduos, mas também material, como corolário da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Portanto, é legítima a “discriminação positiva”, objetivando a justiça social e priorizando o atendimento dos chamados grupos de risco.

Contudo, há de se ter cuidado com a interpretação deste princípio, que não pode ser utilizado como critério para incluir apenas os hipossuficientes no tratamento de saúde, excluindo-se os demais.

A preferência no atendimento deve considerar somente a gravidade da situação em concreto, isto é, os potenciais danos à saúde do paciente, verificando-se até mesmo se há risco de vida.

Percebe-se, portanto, que a Constituição Federal e também a legislação infraconstitucional asseguram o direito à saúde, pois trata-se de importante preceito para a vida com dignidade.

O direito fundamental à vida é colocado como cláusula pétrea, deve ser direcionando de forma coletiva a quem esteja presente na ordem jurídica brasileira. Deriva de o Poder Legislativo brasileiro garantir a não violação dos bens jurídicos tutelados, assegurar-lhe a devida proteção, como o objetivo fim de evitar ameaça ou lesão a esses indivíduos.

Como observa Sarlet (2012), é nos arts. 196 e seguintes que o direito à saúde encontra sua maior concretização ao nível normativo constitucional, não obstante, garantir ao indivíduo, na forma de recursos materiais, o modo de vida digna é o ponto de partida e chegada dos direitos sociais, partindo desse ponto sua ligação com os direitos à saúde e o direito à vida, e, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que este constitui fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nesse sentido, também assevera Hesse (1998, p. 434) que é direito do cidadão:

[...] obter do Estado prestações positivas, as quais, pela importância que detém, ultrapassam o campo da discricionariedade administrativa para uma inafastável vinculação de índole e força constitucionais, de modo que as pautas de atuação governamental estabelecidas no próprio seio da Lei de Outubro, jamais poderão ser relegadas a conceitos de oportunidade ou conveniência do agente público, eis que não podem transformar-se em mero jogo de palavras, pois, como visto, são indispensáveis à manutenção do “status” de dignidade da pessoa humana.

Conforme abordado por Ingo Sarlet (2012), os Tribunais, como órgãos do Estado, estão submetidos à Constituição Federal, devendo respeitar os direitos fundamentais, quer no processo, quer no conteúdo de suas decisões, a administração pública deve organizar-se de forma constante para a implantação de meios de estruturação que possibilitem a melhoria da vida de sua população, com o objetivo de fazer a manutenção dos direitos e garantias constitucionais, efetivando medidas para redução das desigualdades sociais visando ao bem comum do homem e sua dignidade.

Porém, não é o que vem ocorrendo, lamentavelmente o número de demandas envolvendo o Poder Público como réu, no qual o autor pretende ter acesso ao direito à saúde, só vem aumentando em nosso país, o que demonstra que nosso sistema atual não vem cumprindo o papel desejado pelo constituinte, de forma que é preciso pensar em mecanismos para propiciar melhora nesse quadro.

O próximo capítulo tratará de forma mais analítica da questão da judicialização da saúde, com o objetivo de demonstrar que o Poder Executivo não vem atuando de maneira satisfatória quando o assunto é o direito à saúde, que, conforme demonstrado, trata-se de direito amplamente consagrado e valorizado em nossa Constituição Federal.

2.3 DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No cenário atual, a judicialização da saúde é flagrante. O Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) realizou, em 2019, um estudo para o Conselho Nacional de Justiça e constatou que, entre os anos de 2017 e 2018, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130% (cento e trinta por cento) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Conforme dados apontados por Schulze (2020), só no ano de 2019 foram 459.076 demandas judicializadas, com mais ou menos 135 relativas só à saúde suplementar, ou seja, envolvendo os planos de saúde.

Para Schulze (2020, p. 5), que se dedica a estudar e pesquisar o avanço de demandas dessa natureza, as demandas judiciais estão aumentando e tendem a aumentar ainda mais, assim dispõe o autor:

Em comparação com os relatórios passados, conclui-se que não há redução do número de demandas judiciais, pelo contrário. Em 2019, o acréscimo é sensível e sinaliza que a partir de 2020 poderá haver uma explosão de processos, pois a pandemia da COVID-19 impediu a realização de vários procedimentos eletivos (que serão acumulados para o futuro) e vai ampliar outros serviços, como o referente à saúde mental (em razão das consequências do isolamento social).

E continua:

Isto indica que a Judicialização da Saúde tem vida própria e o Brasil já incorporou tal tema nos debates jurídico e sanitário. Portanto, é indispensável que haja maior atenção às questões que tratam da Saúde Pública e da Saúde Suplementar, com a finalidade de reduzir os números e também permitir a concretização do Direito sem a necessária intervenção judicial (SCHULZE, 2020, p. 06).

O tema é relevante e comprova, de maneira empírica, que o sistema de saúde por si só não é capaz de sair da situação em que se encontra, qual seja, de não atender satisfatoriamente aos anseios mínimos da população. Daí a importância de que outras searas de conhecimento também atuem para contribuir para a solução do problema.

O Poder Judiciário pátrio já interfere o direito à saúde como um dever político-constitucional impostergável, que, se negligenciado, em *ultima ratio*, afronta o próprio direito à vida.

De fato, diversas são as formas de manifestação da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais. Nesse cenário ganha relevo o fenômeno que se denominou de “judicialização da saúde”, que conduz, em última análise, ao reconhecimento de que o Judiciário vem atuando, de forma cada vez mais ativa, para suprir a omissão estatal.

Ao tratar da temática “judicialização”, há de se considerar o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual estabelece que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

De acordo com Bobbio (2004), os direitos apresentam características muito diversas, de modo que alguns valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente. Porém, são inúmeros os direitos que não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que sejam também fundamentais.

A saúde é contemplada sob o Título VIII, do Capítulo II, Seção II, da Constituição Federal de 1988, que trata da Ordem Social, inserindo-o no capítulo da Seguridade Social, que também abarca a Previdência e a Assistência Social (BRASIL, 1988).

O enunciado que serve de base para a interpretação que traça os contornos da norma é bastante claro ao estabelecer a saúde como direito de todos e dever do Estado, entendendo-se garantido mediante políticas sociais e econômicas que

objetivem a redução do risco de doença, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (art. 196) (BRASIL, 1988).

Ademais, são os arts. 196 e seguintes do texto constitucional responsáveis pela instituição e organização do Sistema Único de Saúde (SUS), cuja principal finalidade é assegurar à população o acesso a tratamentos de saúde, materializando um aparato de Estado que, jungido aos princípios básicos do acesso universal e isonômico às ações e serviços de saúde, reconhece expressamente normatividade ao direito social à saúde, demonstrando que a manutenção de tal aparato é um dever estatal (BRASIL, 1988).

A própria Constituição determina que tal direito será efetivado na medida das políticas públicas criadas pelo Poder Público, que, por sua vez, são elaboradas com base nas verbas disponíveis para tanto no orçamento público, extraídas da sociedade por meio da tributação para o fim de custear a execução dos programas constitucionais pelo Estado (BRASIL, 2020).

Tendo em vista o direito à saúde como um direito subjetivo público, no momento que se identifica o seu não cumprimento, surge a possibilidade de ingresso de ação no Poder Judiciário, faculdade esta que permite que o cidadão proponha uma ação judicial para exigir do Estado ou de terceiros a adoção de medidas que garantam o direito pleiteado.

A atuação do Poder Judiciário, por meio da judicialização, deve ser considerada um fenômeno pela estrutura do sistema de saúde e pelo contexto histórico da sociedade brasileira. De fato, a busca da assistência à saúde a partir de uma ação judicial deixa transparente a falha nos canais de participação e controle social da comunidade com o poder público (VENTURA *et al.*, 2010).

Exatamente por isso a não consolidação do Direito à Saúde e o direito subjetivo do cidadão de cobrar do governo tem levado a uma crescente intervenção do Poder Judiciário nas últimas décadas, especialmente no que se refere à demanda por medicamentos e procedimentos médicos mais complexos, a exemplo de cirurgias, próteses etc. (PEREIRA *et al.*, 2010).

O fenômeno da judicialização da saúde envolve diversos aspectos entre princípios e valores constitucionais, como dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, isonomia, princípio da equidade, separação dos poderes,

responsabilidade de cada ente federado e princípio federativo, universalidade e integralidade e o princípio da reserva do possível (VALLE; CAMARGO, 2010).

Quando se aborda a temática prestação judicial, a assistência farmacêutica é mais comum, o que evidencia a ineficiência da estrutura do SUS, como se extrai da lição de Gandini, Barione e Souza (2008):

É tão expressiva a quantidade de ações judiciais com esse intuito, que o fato já vem sendo chamado de “Judicialização da Assistência Farmacêutica”, “Judicialização da Saúde” ou “Fenômeno da Judicialização dos medicamentos”.

O direito de se valer do Poder Judiciário para executar essa obrigação é tão certo quanto o dever do Estado à prestação de atendimento médico e assistência farmacêutica, tanto que a própria Constituição Federal o assegura (artigo 5º, inciso XXXV).

No entanto, quando a Administração é constrangida, nas vias jurisdicionais, a prestar, indiscriminadamente, atendimento médico e assistência farmacêutica, os cofres públicos sofrem grande prejuízo, comprometendo o funcionamento do Estado como um todo e não apenas a estrutura do SUS.

Desde a década de 1990, com pedidos de medicamentos antirretrovirais para o HIV/AIDS, a judicialização da saúde é um tema polêmico, que exige atenção tanto do Poder Judiciário como do ponto de vista político, considerando o suporte legal e normas infralegais, bem como as disposições constitucionais (DELDUQUE; MARQUES; ROMERO, 2009), já que tem sido uma via alternativa do cidadão ao acesso a medicamentos no SUS.

Delduque, Marques e Romero (2009, p. 85) ressaltam que “vale a pena repetir que a referência do sistema jurídico é sempre normativa. A produção do direito se dá por meio do próprio direito”. Nesse sentido, os autores entendem que a saúde pode ser tutelada pela via judicial quando há o envolvimento de conflitos relacionados ao direito social em saúde, pois este se encontra ligado à elaboração de políticas e os serviços públicos de saúde. A incidência do direito nos campos fora dos domínios do sistema jurídico, atuando sobre o campo político, denomina-se judicialização da política de saúde.

O acesso limitado às ações e serviços de saúde, bem como as diferentes necessidades, levam à busca pelo Judiciário, ocasionando o fenômeno da judicialização, fenômeno este conhecido como judicialização da saúde, que tem

ocorrido de forma considerável, em diversos tribunais (MARQUES; MELO; SANTOS, 2011).

Ventura *et al.* (2010) esclarecem que o fenômeno da judicialização da saúde expressa reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais.

O Estado vem se mostrando, nos últimos anos, ineficiente quanto à efetivação do direito à saúde, o que, de certa forma, justifica o fenômeno da judicialização, embora não se possa conceber que essa atuação do Judiciário seja uma forma de ingerência no âmbito do Poder Legislativo:

A impossibilidade de atuação do juiz como legislador positivo é um dos argumentos de que se valem os tribunais, especialmente os tribunais superiores, para barrar o fenômeno da judicialização dos direitos sociais, notadamente o direito à saúde. Na verdade, não é dado a ninguém ignorar que existe reserva de lei sempre que a Constituição prescreve que o regime jurídico de determinada matéria deva ser regulado por lei e apenas por lei, com exclusão de outras fontes normativas. A par disso, não caberia ao Poder Judiciário ampliar o alcance da norma, permitindo que pessoas excluídas de sua aplicação sejam por ela beneficiadas (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2008).

Destarte, essa atuação positiva, desde que criteriosa, representa real avanço em termos de efetivação dos direitos fundamentais. As questões que comportam maiores polêmicas, como a responsabilidade dos entes federativos e a existência ou não de direito ao fornecimento de medicamentos ou procedimentos que não constam dos protocolos oficiais, inclusive os de alto custo, já estão sendo definidas, de forma mais harmônica, pela jurisprudência nacional, o que é essencial para a segurança jurídica e para a própria estabilidade do SUS, que se ressentia da grande discrepância entre os provimentos judiciais no Brasil (VALLE; CAMARGO, 2010).

Percebe-se, portanto, que ante a inexistência ou insuficiência das políticas públicas voltadas à saúde, o Poder Judiciário vem atuando, de forma ativa, na efetivação deste importante direito social fundamental, com a determinação de fornecimento de remédios, de realização de cirurgias, dentre outras formas de consagração da saúde.

Contudo, a judicialização traz problemas para o Estado, principalmente de cunho orçamentário, sem ignorar as consequências sociais, sendo mister que o

Poder Público efetivamente atue para que sejam implementadas políticas públicas de saúde.

Acerca dessa limitação orçamentária como critério limitador da efetivação dos direitos fundamentais, Paz e Menelau (2020, p. 94) assim dispõem:

Portanto, sugerem-se como critérios limitadores: a universalidade, a disponibilidade orçamentária, e o respeito aos precedentes. Pelo primeiro, é preciso que a atribuição do direito à saúde considere a coletividade, não apenas casos individuais que possam solapar a possibilidade de a Administração Pública atender o máximo de cidadãos que dispõem do mesmo direito. Logo, o juiz só pode concretizar o direito à saúde ao indivíduo demandante se for passível de ser igualmente atribuído a todo aquele que esteja na mesma condição e necessite da mesma decisão.

E continuam:

Ademais, é preciso considerar a disponibilidade orçamentária para que as decisões judiciais não atribuam o direito à saúde sem a devida observação dos limites orçamentários que poderão levar à concentrada aplicação de recursos em um número mínimo de casos, como também à inviabilização de políticas públicas pelo Poder Executivo para o restante da coletividade (PAZ; MENELAU, 2020, p.101).

Não obstante todos os fundamentos jurídicos acima trazidos, fato é que o Poder Judiciário precisa decidir cada vez menos sobre as políticas públicas, de forma que é nesse contexto que os tributos podem ser utilizados, em seu viés extrafiscal, na promoção da saúde, evitando, como consequência, a busca pelo Poder Judiciário, e os mecanismos e as formas são as mais diversas, podendo tanto se induzir a prática de comportamentos, como também induzir a não prática de comportamentos, conforme demonstraremos abaixo.

2.4 POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS DE CARÁTER EXTRAFISCAL

Conforme disposto por Queiroz e Ribeiro (2020), as políticas públicas podem ser entendidas como decisões administrativas adotadas por aqueles que ocupam a posição de gestores públicos, para o fim de atingir os objetivos delineados pela Constituição Federal na busca de atendimento ao interesse público.

Ainda segundo Queiroz e Ribeiro (2020), é um verdadeiro campo do conhecimento no qual o governo é colocado para trabalhar, seja mantendo ou inovando, implementando seus projetos, que traduzem seus propósitos, sempre na busca de garantir o bem-estar de sua população.

Dentro dessas ações, que são aplicadas valendo-se das várias searas de conhecimentos existentes, de acordo com o fim que se busca, encontra-se aquelas políticas que se valem do direito tributário para fins de implementação do direito constitucional (QUEIROZ; RIBEIRO, 2020).

Como visto nos capítulos anteriores, é dever do Estado assegurar, por meio de ações positivas, os direitos sociais, dentre os quais se encontra o direito fundamental à saúde. Não obstante, muitos são os entraves à efetivação dos direitos sociais fundamentais, sendo um comum argumento apresentado pelo Estado a falta de recursos.

Ocorre que há medidas outras a serem adotadas pelo Poder Público, que de forma direta a indireta podem corroborar para a efetividade do direito à saúde, até mesmo porque a saúde não é apenas a ausência de doenças, mas sim o estado de bem-estar.

Nesse contexto, o caráter extrafiscal dos tributos ganha relevo, pois podem corroborar para a promoção do bem-estar, para a busca de alternativas e, ainda, para uma tomada de consciência da importância de se adotar hábitos saudáveis.

De certa forma, é possível demonstrar a compatibilização do poder de instituir tributos pelo Estado com os Direitos fundamentais, em destaque o direito à saúde, entendendo como ferramenta apta para a consecução do bem jurídico tutelado.

No Brasil, a partir de 1980, foi possível visualizar a dedicação acerca das políticas públicas, advinda da dinâmica política e das mudanças que o país enfrentava, a presença da necessidade de alterações nas diretrizes da economia e políticas nas áreas de saúde, educação, previdência, saneamento, dentre outras. Buscou-se, naquele momento, compreender quais eram as possibilidades e os óbices para a implantação de mudanças constitucionalmente inscritas e dependentes de decisões governamentais. Para Frey (2000), para realizar a análise de políticas, é necessário entender a *polity*, que se refere à ordem do sistema político, delineada pelo sistema e à estrutura institucional do sistema político-administrativo; a *politics*, como sendo os processos políticos conflituosos; e, ainda, a *policy*, que são as políticas públicas no seu processo final, os resultados das regras e dos conflitos.

Teixeira (2002, p. 2) relata que políticas públicas são:

[...] diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamento) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. Nem sempre, porém, há compatibilidade entre as intervenções e declarações de vontade e as ações desenvolvidas. Devem ser consideradas também as ‘não ações’, as omissões, como forma de manifestação de políticas, pois representam opções e orientações dos que ocupam cargos.

As políticas públicas são, em linhas gerais, opções políticas. Dessa forma, parece óbvio que “O Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em detalhes, a realização das despesas destinadas à prestação dos serviços e ao atendimento de seus fins”, e que, considerando que a essencialidade está condicionada a inúmeros fatores, dentre eles, a situação histórica, geográfica e o momento político, conforme salienta Machado Segundo (2006).

Não obstante, salienta Bucci (2002, p. 270) que essa lógica parece estar invertida nos dias atuais, e acrescenta:

Em relação aos programas de longo prazo cuja realização ultrapasse a duração de um governo. Os objetivos de interesse público não podem ser sacrificados pela alternância no poder, essencial à democracia. As leis de plano, portanto, conciliam princípio republicano e democrático com as demandas da estabilidade e da governabilidade. Todavia, como programas de ação, ou como programas de governo, não parece lógico que as políticas possam ser impostas pelo Legislativo ao Executivo.

Na verdade, a discussão em torno das políticas públicas tem levado a crer que hoje, em razão da “normatividade do Poder Executivo, é de se pensar que o mais adequado seria a realização das políticas pelo Executivo, por sua própria iniciativa, segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo” (BUCCI, 2002, p. 220).

Não obstante, para que haja efetividade dos direitos sociais, é necessária a adoção, por parte do Estado, de medidas de caráter promocional “em todos os campos de ação: político, jurídico, social, econômico, cultural, sanitário, tecnológico”, que alcancem aos que vivem em condições precárias (KRELL, 2000, p. 27).

Por sua vez, Souza (2006) resume a expressão “política pública” como o campo do conhecimento que busca “colocar o governo em ação” e/ou avaliar essa ação, tendo a possibilidade de propor mudanças durante a execução dessas ações.

É partindo da intenção de integrar uma sociedade a qual engrandeça a justiça social, resguardando a dignidade da pessoa humana, que podemos inserir a extrafiscalidade tributária.

O tributo é extrafiscal quando o objetivo principal não é simplesmente o de arrecadar para manter a máquina administrativa funcionando, a extrafiscalidade é encontrada como um mecanismo que auxilia o Estado a efetivar outros objetivos que fazem parte de suas atribuições, como o cumprimento da função social da propriedade, a conservação do meio ambiente e, até mesmo, a manutenção da saúde pública, conforme será demonstrado.

Desta feita, a conduta do Estado em direcionar suas políticas tributárias à extrafiscalidade poderá se movimentar de forma positiva, estimulando as condutas desejadas, ou negativas, quando desestimula outras condutas indesejadas. E é assim que os tributos podem atuar para estimular condutas à proteção à saúde, bem como atuar na defesa daquelas que visam desestimular esse bem jurídico, e quando se voltam para essa finalidade, os tributos são caracterizados como extrafiscais

Os tributos, logo, têm função de grande relevo na promoção do bem-estar, não se limitando à sua finalidade arrecadatória. Trata-se de verdadeira função social que pode ser exercida pelo Direito Tributário, conforme ver-se-á adiante.

2.5 DA FUNÇÃO SOCIAL DOS TRIBUTOS

A origem remota do “tributo” perpassa pela história, pela evolução racional do homem e pela formação das sociedades. Existem estudos que afirmam que os primeiros relatos de tributação se deram de modo voluntário, na forma de presentes e ofertas a líderes e chefes. A instituição de arrecadação de tributos passou por várias reformulações ao longo da história das sociedades e por várias características, a depender do território em que era arrecadado (RIBEIRO; GESTEIRO, 2008).

Uma das formas que o Estado tem para efetivamente cumprir com as metas e diretrizes de bem-estar social da população diante de todos os fundamentos do

princípio da dignidade humana e dispositivos constitucionais está diretamente interligado aos fundamentos da função social dos tributos.

É preciso debater e efetivar posições no âmbito acadêmico acerca da função social do tributo e da justiça tributária que está a ela relacionada para, após, chegar-se efetivamente ao estudo da implementação das políticas públicas.

Com contribuições acerca dessa temática, pode-se, de forma peremptória, dizer que é o meio como a administração da coisa pública pode oferecer à sociedade a redução das desigualdades sociais e regionais, suscitando mecanismos próprios para o crescimento de certas localidades que se encontram deslocadas do desenvolvimento econômico-social, por meio de incentivos fiscais que possibilitem uma equiparação entre estes e aquelas com o incentivo local ao empreendedorismo, criação de empregos, possibilidade de equiparação econômica aos grandes centros, fazendo, assim, com que haja efetivamente o desenvolvimento nacional (RIBEIRO; GESTEIRO, 2008).

Pode ser colocado em uma relação harmoniosa a função social do tributo e os princípios constitucionais norteadores dos direitos fundamentais, ganhando relevo, nesse cenário, a extrafiscalidade, ou seja, o caráter social, extrafiscal dos tributos, que perpassa, portanto, o viés arrecadatório.

Tudo somado, pode-se constatar que o tributo deve exercer essa função social, não apenas para fins de promoção do desenvolvimento econômico, mas, também, para a preservação e promoção dos direitos sociais, os quais, através da extrafiscalidade, por meio de normas indutoras, podem levar a população a ter comportamentos favoráveis à promoção de sua saúde.

Para uma melhor compreensão do tema, é preciso tratar mais precisamente da extrafiscalidade, conforme apresentado no próximo tópico.

3 DEFINIÇÃO DE EXTRAFISCALIDADE E ALGUMAS HIPÓTESES DE CONCRETIZAÇÃO NO BRASIL

Possui o Poder Público, tratando-se de forma bem ampla, a tarefa de regulamentar as interatividades sociais, evitando e também resolvendo conflitos, ou auxiliando no desenvolvimento da população em geral. Todavia, esse poder emanado pelo Estado envolve a movimentação de toda a máquina pública nos mais diversos setores, o que implica um custo.

Diante da necessidade de financiamento das necessidades desenvolvidas pelo Estado, a tributação surge como forma de viabilizar as concretizações materiais imprescindível à viabilização da atuação estatal, a fim de que possa atingir os objetivos fundamentais expressos pela Constituição Federal, como afirma Bottallo (2002, p. 57), ao tratar das funções do tributo:

Dentro do sistema da economia de mercado, eles são, na verdade, os mais importantes meios de que as pessoas políticas dispõem para obter os recursos de que necessitam. Esta função arrecadatória é a que se convencionou denominar fiscalidade.

Muito embora se saiba que, via de regra, os tributos possuem função arrecadatória com fim de financiar a relação acima citada, na qual o contribuinte figura como destinatário final do produto das exações dele exigidas, tem sido reconhecida, tanto pelo ordenamento quanto pelos estudiosos, outra fundação que vai para além do aspecto da fiscalidade, trata-se da função extrafiscal do tributo.

Consoante o ensinamento despendido por Carrazza (2008), configura-se a natureza extrafiscal, quando se nota a função social e de intervenção do Estado, na busca de executar outros objetivos, quais sejam, de natureza econômica e social. Veja-se:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
 VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
 VIII – busca do pleno emprego;
 IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
 (BRASIL, 1988).

Por vezes se denota a partir de quando a análise de determinados tributos impulsiona determinados comportamentos e desestimulam outros. Desse modo, dá-se a extrafiscalidade quando, ao manobrar componentes jurídicos usados na caracterização dos tributos, se busca atingir propósitos distintos de mera arrecadação (CARVALHO, 2009).

Para Ataliba (1990, p. 133):

Consiste a extrafiscalidade no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados.

Ainda no mesmo sentido Torres (2001, p. 167) argumenta quando diz:

A extrafiscalidade, como forma de intervenção estatal na economia, apresenta uma dupla configuração: de um lado, a extrafiscalidade se deixa absorver pela fiscalidade, constituindo a dimensão finalista do tributo; de outro, permanece como categoria autônoma de ingressos públicos, a gerar prestações não tributárias.

Veja-se, então, que a extrafiscalidade pode ser encontrada na ausência de uma função primordialmente arrecadatória do tributo, e na presença de uma finalidade de induzir ou desestimular comportamentos, sempre tendo como objeto final o desenvolvimento econômico e social do país.

A existência da extrafiscalidade resta configurada na indução ou desestímulo de comportamentos, tendo por objetivo beneficiar a toda a coletividade, e nesse sentido as normas tributárias de caráter extrafiscal são capazes de instituir benefícios ou, também, de agravar aspectos fiscais (ATALIBA, 1990).

Payão e Ribeiro (2016, p. 292) assim dispõem sobre o tema:

A extrafiscalidade tem se revelado um poderoso expediente a serviço do Estado, seja inibindo condutas indesejáveis, seja estimulando comportamentos salutareos no campo ecológico. Nessa visão, é notória a importância da intervenção estatal por meio da tributação com objetivos regulatórios.

E continuam:

É importante ressaltar que a utilização da extrafiscalidade tributária voltada à proteção ambiental ou ao estabelecimento de um desenvolvimento sustentável, não implica necessariamente na instituição de novas espécies tributárias. Há necessidade de adequar os tributos já existentes às finalidades ecológicas e a regulação do mercado de modo a torná-lo sustentável (PAYÃO; RIBEIRO, 2016, p. 292).

Veja, portanto, que nos moldes acima dispostos, para a implementação de políticas tributárias de caráter extrafiscal não se faz necessária a inovação no mundo jurídico, principalmente, não se faz necessária a criação de novas espécies tributárias, o que, aliás, em regra, nem é recomendado diante da enorme carga tributária que já é suportada pela sociedade brasileira.

Ao contrário disso, deve-se buscar pensar em políticas tributárias que contribuam para a prática de comportamento favorável à efetivação e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

Esses incentivos decorrentes da extrafiscalidade têm o condão de modificar não apenas comportamentos individuais, mas, também, comportamentos dos empresários, que passam a adotar práticas que antes das normas fiscais não eram adotadas.

Tendo em vista essa possibilidade de modificação comportamental em razão da norma tributária de caráter extrafiscal, é preciso que o Estado atue com responsabilidade e observando os limites e princípios expostos no texto constitucional. Sobre a necessidade dessa observância, Payão e Ribeiro (2016, p. 295) assim dispõem:

Como toda e qualquer atuação do Estado, a tributação precisa ser pautada nos princípios constitucionais, em especial quando for de natureza extrafiscal, já que expressa uma intervenção do Estado na Ordem econômica, seja incentivando ou restringindo a iniciativa privada. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado significa que a atuação

soberana do Poder Público deverá ser pautada na busca do interesse coletivo.

Então, podemos dizer que, no que tange a finalidade, os tributos podem ser classificados em fiscais, quando a finalidade principal é arrecadatória; mas, também, podemos falar em parafiscalidade, quando tem por finalidade custear atividades que atuam paralelamente à administração pública direta; e, por fim, em extrafiscais, quando têm por objeto a correção de injustiças, o fomento ao desenvolvimento econômico e social, o fim de desequilíbrios, ou seja, a busca pela igualdade em seu aspecto material.

Apenas para exemplificar, a seara ambiental comumente se vale da extrafiscalidade como forma de intensificar condutas responsáveis. É, talvez, a principal manifestação da intervenção do Estado na atividade econômica. E, a esse respeito, preleciona Oliveira (1999, p. 39):

Sem dúvida, entre os meios de prevenção e combate à poluição, o tributo surge como instrumento eficiente tanto para proporcionar ao Estado recursos para agir (tributação extrafiscal), encontrando para tal sólidos fundamentos na doutrina kelseniana da sanção premial ou recompensatória, por sua vez estribada no princípio retributivo (*Vergeltung*): assim, o Estado reconhece o esforço do cidadão em cumprir a lei, e não apenas castiga recalcitrante; tributa-se menos – a título de prêmio – quem não polui ou polui relativamente pouco.

Para Cavalcante (2012), a classificação dos tributos ambientais deve ocorrer tendo em vista a atividade a ser alcançada por meio de sua adoção e, dentro dessa perspectiva, uma das finalidades possíveis seriam os daqueles tributos que estabelecem uma função indutora de comportamentos ambientalmente adequados e/ou beneficia os comportamentos mais favoráveis ou menos prejudiciais.

Foi nesse sentido que se criaram os chamados “tributos verdes” em nosso ordenamento jurídico, pois:

[...] atenta à realidade brasileira e claramente preocupada em atingir os objetivos apontados no art. 3º, a Carta Maior não só assegura os direitos materiais antes indicados, como ainda a possibilidade concreta de viabilizar seu conteúdo através de meios instrumentais de acesso à Justiça, não só no plano individual mas, principalmente, no plano adaptado à realidade demográfica brasileira (os direitos metaindividuais) (FIORILLO, 2013, p. 725-726).

Eros Grau (2010) chama de “Constituição Econômica” o agrupamento de princípios e regras jurídicas que dispõe sobre a ordem econômica do país, no qual o supracitado doutrinador diz que releva a clareza do papel do Estado como agente que atua na regulamentação da economia.

O Estado agora atuando em áreas do setor privado como agente regulamentador da economia por meio contratos que passaram a funcionar como mecanismos de política econômica, ou seja, passaram a exercer a função de “instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes, mas também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica” (GRAU, 2010, p. 93), noção esta que, claramente, não se aplica apenas aos tributos voltados ao meio ambiente, mas a qualquer outra seara, à promoção de outros direitos sociais fundamentais.

E o autor ainda pontua:

Trata-se de princípio constitucional impositivo (Canotilho), que cumpre dupla função, qual os anteriormente referidos. Assume também, assim, a feição de diretriz (Dworkin) – norma-objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas. [...] Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social (GRAU, 2010, p. 255-257).

Partindo dessa premissa, utiliza-se os instrumentos tributários não para fins de arrecadação, mas sim com a finalidade de amoldar comportamentos do contribuinte, diante da realização dos demais valores consagrados na Constituição (COSTA, 2005).

Carrazza (2008, p. 688), quanto à eficácia das normas tributárias extrafiscais dispõe que:

[...] há muito se percebeu que a lei tributária é melhor obedecida quando, em lugar de determinar condutas, vale-se do meio mais sutil de influenciá-las, outorgando aos contribuintes subvenções, isenções, créditos presumidos, bonificações etc. Com tal artifício, as pessoas ficam com a sensação de que são livres para conduzir seus negócios, e tendem a fazer o que delas a Nação espera.

Ao valer-se do mecanismo extrafiscal para a condução de comportamentos (comissivos ou omissivos) dos particulares, quase sempre resulta vantagem para o Estado. Com a eliminação de instâncias oficiais competentes para o controle do produto obtido por meio da tributação, o gasto público tende a ser diminuído, sem que sejam afetados o atendimento das exigências de estabilidade e progresso social (CARRAZZA, 2008).

Modé (2007, p. 70) também enxerga na extrafiscalidade um verdadeiro “mecanismo de indução” no qual o Estado manipula os agentes da economia a ter um comportamento por ele esperado, valendo-se dos mecanismos de intervenção em harmonia com o ordenamento jurídico que dispõe sobre o funcionar mercantil. Mecanismos esses, que, segundo o autor, estão disciplinados no art. 174 da Constituição, e devem embasar o atuar do Estado em todos os níveis, sempre acompanhados por um planejamento.

É inquestionável o reconhecimento de que a tributação constitui, certamente, um dos mais poderosos instrumentos de ação estatal sobre a economia. Entretanto, nem sempre as políticas implantadas obtêm resultados satisfatórios, uma vez que a tributação mal estruturada degrada de modo arrebatador o processo econômico, desestimulando a atividade empresarial à medida que acarreta a descapitalização dos seus agentes (BOTTALLO, 2002).

Contudo, quando utilizada adequadamente, a tributação mostra-se plenamente eficaz ao assumir funções não financeiras no estímulo e obtenção dos objetivos voltados à ordem econômica e social, previstos no art. 170 da Constituição Federal (BOTTALLO, 2002).

Carvalho (2009, p. 256) contribui com importante observação:

Constituindo a extrafiscalidade no emprego de fórmulas jurídico-tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatários de recursos monetários, o regime que há de dirigir tal atividade não poderia deixar de ser aquele próprio das exações tributárias. Significa, portanto, que, ao construir suas pretensões extrafiscais, deverá o legislador pautar-se, inteiramente, dentro dos parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria, assim os expressos que os implícitos. Não tem cabimento aludir-se a regime especial, visto que o instrumento jurídico utilizado é invariavelmente o mesmo, modificando-se tão-somente a finalidade do seu manejo.

Não surpreende, portanto, o grande número de dispositivos de cunho extrafiscal já existentes na Constituição Federal. Tais preceitos podem ser separados em função de seus fins, sendo possível distinguir, a princípio, duas modalidades: a) aquelas que visam a execução de metas aptas a propiciar o desenvolvimento econômico; b) e as que tem por objeto propiciar os ditames da justiça social (BOTTALLO, 2002).

Referente ao primeiro grupo, Bottallo (2002, p. 59-60) destaca as seguintes previsões:

[...] I – que faculta ao Poder Executivo alterar, nas condições e limites estabelecidos em lei, as alíquotas dos impostos sobre importação de produtos estrangeiros, exportação para o exterior de produtos nacionais ou nacionalizados, produtos industrializados e operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; II – que declara a não incidência do imposto sobre transmissão de bens imóveis ou direitos a eles relativos, incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre tais atos, quando decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção da pessoa jurídica, salvo quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil; III – as que declaram a não incidência dos impostos sobre produtos industrializados e sobre operações relativas a circulação de mercadorias e serviços quando se tratem de produtos industrializados destinados ao exterior, exceto, no caso do ICMS, os semielaborados definidos em lei complementar; IV – a que prevê tributação apenas pelo IOF, do ouro quando definido como ativo financeiro ou instrumento cambial.

Quanto aos preceitos tributários destinados a efetivar a justiça social, o autor assim dispõe:

[...] I – que atribui ao IPI, obrigatoriamente, a característica da seletividade, em função da essencialidade dos produtos, e a que faz idêntica atribuição ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços, porém, em termos facultativos; II – a que determina sejam as alíquotas do imposto territorial rural fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas, além de declarar a não incidência deste tributo sobre pequenas glebas rurais quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel; III – a que prevê a possibilidade de o imposto predial territorial urbano ser progressivo em razão do valor do imóvel e ter alíquotas diferentes de acordo com sua localização e uso; IV – a que dispõe sobre a incidência progressiva no tempo, do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana como forma de desestimular a manutenção de imóveis urbanos sem aproveitamento adequado; V – a que institui imunidade a impostos e a contribuição para seguridade social em favor de instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos; VI – a que estabelece a gratuidade

da ação popular, das ações de habeas corpus e habeas data, bem como dos atos necessários ao exercício da cidadania (BOTTALLO, 2002, p. 61).

Não obstante ainda existirem outras previsões extrafiscais decorrentes da Constituição Federal, é possível dimensionar, a partir dos preceitos aqui relacionados, o relevante papel que a extrafiscalidade assumiu na Suprema Lei, conferindo aos instrumentos fiscais significativa expressão ordinatória (BOTTALLO, 2002).

Nunes (2005), em importante observação, assevera que o Código Tributário Nacional, em vigor desde 1967, ao excetuar dos princípios da anterioridade e legalidade estrita os impostos sobre operações de importação, exportação, produtos industrializados, operações financeiras e os exigidos em caso de guerra, automaticamente recepcionava tributos com caráter extrafiscal.

Entretanto, para que esses impostos possam atender a finalidade extrafiscal, é conferido ao Poder Executivo, por meio do § 1º, do art. 153 da Constituição Federal, a possibilidade de modificar alíquotas, desde que respeitados os parâmetros estabelecidos pela lei (MODÉ, 2007).

Analisando-se os reflexos da instituição de um tributo sobre a cadeia produtiva, é possível afirmar que ao lado de uma função tradicionalmente fiscal de angariar recursos financeiros, também atua uma função extrafiscal, servindo como forma de incentivo ou desestímulo de determinada atividade econômica.

Destarte, cumpre analisar como se concretizam as políticas tributárias extrafiscais no direito pátrio, objeto do próximo tópico.

O Estado, para fomentar a função social dos tributos, adota práticas diversas, a exemplo dos já citados “tributos verdes”, na seara ambiental, ou o IPTU progressivo, no que tange a propriedade urbana imobiliária. Portanto, as políticas tributárias extrafiscais, no Brasil, são implementadas de diversas formas, a depender a sua finalidade, buscando sempre controlar o comportamento humano em determinada situação.

Costa (2005, p. 321), ao tratar da extrafiscalidade aplicada à seara ambiental, no que tange a sua implantação, acrescenta:

[...] pode ser implementada mediante a instituição e graduação de tributos, a concessão de isenções e outros incentivos fiscais, como a possibilidade de dedução de despesas efetuadas pelos contribuintes referentes a recursos empregados na preservação do meio ambiente.

Quanto à aplicação das diversas espécies tributárias voltadas à tutela do meio ambiente, cabe salientar a opinião de Ferraz (2005), sobre a qual existem outras divergentes, para quem os impostos somente poderão ser exigidos sob a forma específica de contribuição de intervenção no domínio econômico (admitida sob essa forma a hipótese de incidência de imposto), uma vez há espaço no sistema constitucional brasileiro para a cobrança de impostos com finalidade ambientalmente orientada.

Há na contribuição de intervenção de domínio econômico um ponto muito positivo a ser destacado. Esse tributo pode ser exigido somente em determinado âmbito econômico, sem que isso cause ofensa aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, o que faz da CIDE um instrumento perfeitamente adequado à tributação ambientalmente orientada (FERRAZ, 2005).

Já as taxas, podem ser exigidas em função da atividade de fiscalização ambiental e pela prestação obrigatória de serviços de caráter ambiental, prestando-se impecavelmente à tarefa de proteção ao meio ambiente (FERRAZ, 2005).

A contribuição de melhoria, se utilizada corretamente, levaria a um quadro muito mais satisfatório, segundo explica Ferraz (2005, p. 351-352):

O Poder Público, ao decidir criar áreas de preservação ambiental, como praças, parques e reservas, particularmente junto a aglomerações urbanas: a) avaliaria a área e suas redondezas, como manda a lei relativa à contribuição de melhoria; b) exigiria a contribuição correspondente à valorização dos imóveis circunvizinhos à área de preservação (obra pública); c) indenizaria o proprietário do imóvel sobre o qual a preservação obrigatória, pelo valor real do imóvel, com os recursos advindos dessa arrecadação; d) teria condições de arcar com novas desapropriações semelhantes. Também a utilização da contribuição de melhoria como tributo ambientalmente orientado traz a possibilidades infundáveis. Não se trata aqui de induzir comportamentos mas de viabilizar economicamente, e com justiça fiscal, a efetivação de políticas públicas ambientais.

Por poderem ser instituídos em função de calamidade pública (que pode ser de natureza ambiental), bem como para realização de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (que também pode ser de natureza ambiental), sendo, ainda, necessária a vinculação do produto da arrecadação às

finalidades pelas quais foi instituído, o empréstimo compulsório pode ser um eficiente instrumento de políticas públicas ambientais (FERRAZ, 2005).

De fato, o que se pretende com a tributação ambiental é, além de conduzir o poluidor a um comportamento não gravoso ou menos gravoso ao meio ambiente, tornar iguais as condições de disputa de mercado, contemplando por meio de incentivos aqueles que possuem gastos destinados a um meio de produção saudável ou, ainda que aqueles que causem danos, os suportem, fazendo assim valer o princípio do poluidor-pagador. Em contrapartida, onera-se aqueles que possuem um comportamento indesejado e que, por tal motivo, não suportam custos indiretos, permitindo-lhes praticar preços mais reduzidos.

Trabalha-se no campo ambiental com dois importantes conceitos. O primeiro referente à externalidade negativa, quando a atividade poluidora gera danos ambientais que não são suportados por seus causadores. Por outro lado, o segundo trata de externalidade positiva, quando uma empresa exige de seus fornecedores a observância de práticas favoráveis ao meio ambiente (SCHOUERI, 2005).

Apresentado o significado dessas expressões, partilha-se esclarecimento prestado por Schoueri (2005, p. 236), a fim de elucidar a situação descrita alhures:

As externalidades, tanto a positiva quanto a negativa, escapam do mecanismo de mercado. No caso do poluidor, o fato de ele não suportar os custos indiretos causados permite-lhe praticar preços mais reduzidos, sem afastar sua lucratividade. A externalidade positiva, de igual modo, não reverte em maior renda pra quem a gera. Um e outro caso podem contrariar os interesses da coletividade. No caso da externalidade negativa, seu acobertamento por meio do repasse a coletividade implica aumento da atividade indesejada. A externalidade positiva, por outro lado, não recompensando seu gerador, pode não o motivar a pratica de interesse coletivo. Surge assim, a necessidade da intervenção do Estado, para corrigir ambas as distorções.

Paralelamente à correção de externalidades, a utilização de normas indutoras também constitui instrumento capaz de alcançar o almejado direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto pelo art. 225 da Constituição Federal, que em seu § 1º arrola objetivos a serem atingidos para esse fim (SCHOUERI, 2005).

Em meio às ferramentas que possui à disposição para atingir tal preceito, e consequentemente efetivar a extrafiscalidade dos tributos, goza o constituinte da

opção de inserir na lei tributária normas de indução, que incentivam ou desestimulam o comportamento desejado (SCHOUERI, 2005).

Ao ingressar no tema das normas tributárias indutoras, importante ressaltar que estas respeitam tanto os princípios da Ordem Econômica como os pertinentes à esfera tributária. No primeiro, enquanto na qualidade de instrumento de intervenção estatal sobre o domínio econômico; e no segundo, por se revestir de caráter tributário o veículo pelo qual ela é introduzida no cenário jurídico, muito embora tratar-se de norma de cunho indutor (SCHOUERI, 2005).

Amatucci (1999, p.466, *apud* SCHOUERI, 2005, 253), visando exemplificar o vasto campo de oportunidades de emprego de normas tributárias indutoras em matéria ambiental, traça uma linha cronológica da produção de um bem, mostrando que podem ser inseridas essas normas tanto no aspecto material da hipótese de incidência do tributo quanto em outros momentos. Em primeiro lugar, o autor aponta a exploração de recursos naturais, o que, conquanto não aplicado diretamente sobre a produção, desincentivaria o emprego de meios menos gravosos ao meio ambiente ou sua utilização acima de certos níveis. Tal medida auxiliaria o processo de reciclagem de energia, especialmente no caso de recursos hídricos. Outro exemplo a que se refere é o da tributação do próprio ciclo produtivo, o que conduziria ao emprego de tecnologias menos poluidoras. Ainda quanto às hipóteses de incidência, faz menção à tributação diferenciada dos processos de transformação de matéria prima em mercadoria conforme o nível de degradação das reservas de onde se obtém o material, devendo a incidência ser proporcional à previsibilidade de vida do produto, havendo maior tributação para os produtos com menos vida útil. Expõe também, quanto aos bens cujo uso provocam danos ambientais, a possibilidade de tributação da produção e comércio destes, de modo a desestimular sua produção. Por fim, fazendo referência à fase de eliminação dos produtos, ressalta a possibilidade de se tributar aqueles cuja eliminação pode causar danos ao meio ambiente, como, por exemplo, os biodegradáveis. Cita ainda meio diverso ao da instituição de tributos, referindo-se aos incentivos fiscais, através do favorecimento da produção em determinadas regiões ou isenção de impostos sobre operações relativas à produção ou circulação de bens como filtros antipoluentes.

As possibilidades de utilização dos instrumentos tributários para a tutela do meio ambiente são tidas como infinitas por Carrazza (2008), que sugere, de

encontro à ideia de preservação ambiental, lei que permitisse dedução da base de cálculo do imposto sobre a renda às despesas com tratamento de lixo industrial, com a preservação de imóveis cobertos por vegetação arbórea declarada de preservação permanente, com aquisições de equipamentos e máquinas que previnam a contaminação de rios ou da atmosfera, de produtos ecologicamente corretos, de materiais fabricados com a reciclagem de resíduos industriais, de dínamos ao invés de pilhas comuns, que causam poluição uma vez lançadas ao meio ambiente. Na mesma linha, todavia, no que diz respeito ao IPI, assevera o autor que bem andaria legislação no sentido de tributar minimamente, ou até deixasse de tributar, a comercialização de produtos industrializados ecologicamente corretos, que viria a atender também ao princípio da seletividade (art. 153, § 3º, I, da Constituição Federal) (CARRAZZA, 2008).

O valioso artifício da seletividade é de extensa aplicação quando se fala em extrafiscalidade tributária como defesa do meio ambiente. Produtos industriais fabricados com matérias primas biodegradáveis, os que não ofereçam riscos à camada de ozônio ou que resultem da reciclagem responsável de resíduos industriais, dejetos e semelhantes, sobretudo alinhados com o preceito da proteção ao meio ambiente, devem receber mínima ou nenhuma carga tributária de IPI. Nessa linha, tem-se utilizado largamente no campo tributário a alíquota zero, que, a bem da verdade, gera os mesmos efeitos da isenção tributária, uma vez que impossibilita o surgimento da obrigação tributária (BOTTALLO, 2002).

Segundo a opinião de Ferraz (2005, p. 351), no que se refere à política fiscal ambientalmente orientada no Brasil:

A melhor opção para uma política fiscal ambientalmente orientada é a adoção de tributos que internalizem o custo ambiental dos produtos, com necessária vinculação do produto da arrecadação a essa tarefa. Sua flexibilidade, própria de um instrumento de mercado, tem a virtude de ser tão ágil quanto qualquer evento econômico, sendo portanto adequada ao tratamento de uma questão econômica. Sua permanência, por compor o preço, tem a efetividade que a regulação e fiscalização não tem.

Ainda nesse sentido, no entanto tratando da aplicação de IPTU, Carrazza (2008) recomenda tratamento favorecido ao contribuinte que realize manutenção de parques e jardins públicos e, por fim, isenção de ICMS à comercialização de

produtos agrícolas sem agrotóxicos ou pilhas recarregáveis, evitando sua dispersão no meio ambiente.

Peixoto (2002, p. 200), reconhecendo o caráter extrafiscal da tributação, também no que diz respeito à função social da propriedade, ousa dizer que:

[...] a função social da propriedade urbana, além de atender as exigências constantes em lei municipal que tenha instituído o “Plano Diretor”, deverá ter aproveitamento racional e adequado, inclusive quanto aos recursos naturais e preservação do meio ambiente assegurando assim, o bem-estar de todos.

De tal maneira que a não observância dos aspectos que condizem com o cumprimento da função social da propriedade urbana poderá ocasionar ao proprietário uma série de consequências, que compreendem desde o estabelecimento de prazo para que passe a utilizar adequadamente a sua propriedade, até a decretação da desapropriação do seu imóvel (PEIXOTO, 2002).

Ainda quanto à propriedade, para Carvalho Filho (2013, p. 121), a “natureza jurídica do IPTU progressivo no tempo, previsto na Constituição Federal e no Estatuto, é de tributo extrafiscal sobre o patrimônio aplicado como instrumento sancionatório de política urbana”.

Para Paiva (1994, p. 20), a progressividade extrafiscal é a “utilização instrumental da norma jurídica tributária com o objetivo primário de direcionar o comportamento dos cidadãos”.

Ataliba (1990), por sua vez, enfatiza que o desdobramento da previsão do § 4º do art. 182 da Constituição Federal constituiu-se numa disciplina extrafiscal.

Para Camargo (2008), o proprietário do imóvel é sancionado através da progressão da alíquota do IPTU, em razão da sua renitência em conduta desconforme às exigências de ordenação da cidade descritas no plano diretor. Porém, não se trata de uma punição de ato ilícito por meio de tributação, mas de mera “coação” para que o agente realizador do fato impositivo utilize a sua propriedade consoante a função social.

A função instrumental de intervenção do Estado na propriedade tem natureza polimórfica. Por ser a intervenção na propriedade um instrumento do Estado, o seu emprego serve a qualquer tipo de atividade administrativa finalística, por isso ela

poderá ser aplicada para lograr o desempenho finalístico de todas as suas demais funções administrativas. Quando utilizado como instrumento de intervenção sancionatória buscando a função social da propriedade, ele se relaciona com os Ordenamentos Econômico e Social. É, pois, uma forma de efetivação da função social da propriedade.

Torna-se notável, nesse ponto, a utilização de dois tributos específicos que contribuem para a preservação do meio ambiente e, por seguinte, para a proteção à saúde. Eles são o ITR, de competência da União, e o ICMS, de competência dos Estados-membros e Distrito Federal.

O ITR, previsto no art. 153, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, incide sobre a propriedade imóvel rural e é de caráter extrafiscal, que autoriza a Administração Pública legislar sobre política agrária e tem basicamente seu fato gerador o domínio útil ou posse de imóvel localizado em zonas rurais, nos termos do art. 29 do Código Tributário Brasileiro (BRASIL, 1966).

Existe a possibilidade de isenção desse tributo através de determinadas práticas de preservação ambiental exercida por proprietários de imóveis rurais, objetivando estender áreas de florestas e preservação permanente.

Ademais, a Lei nº 8.171/1991, em seu art. 104, expõe que:

Art. 104. São isentas de tributação e do pagamento do Imposto Territorial Rural as áreas dos imóveis rurais consideradas de preservação permanente e de reserva legal.

Parágrafo único. A isenção do Imposto Territorial Rural (ITR) estende-se às áreas da propriedade rural de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declarados por ato do órgão competente federal ou estadual e que ampliam as restrições de uso previstas no caput deste artigo (BRASIL, 1991).

Sobre o dispositivo legal acima mencionado, observa-se a função extrafiscal desse tributo ao isentar o ITR das áreas de reserva legal, preservação permanente, cobertas por florestas nativas, de interesse ecológico ou sob servidão ambiental. Iniciativas como essas do legislador infraconstitucional fazem o contribuinte obter benefício financeiro advindo de uma política tributária extrafiscal e, em contrapartida, proporcionam o bem viver coletivo, gerando, assim, um ambiente que favorece não só em aspectos ambientais como também de preservação da saúde.

Um outro exemplo diz respeito ao ICMS, tributo que, como já dito, é de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal. Positivado no art. 155, inciso II, da atual Constituição Federal, observa-se também sua atuação na preservação do meio ambiente.

Não há como negar que o ICMS é o tributo é responsável por compor a maior parte das receitas dos Estados e Distrito Federal. Em que pese a sua relevância financeira, alguns Estados utilizam o ICMS ecológico, claramente de finalidade extrafiscal. Trata-se de uma manifestação da repartição de receitas com o objetivo de práticas à preservação do meio ambiente. Nesse contexto, o Estado do Paraná foi pioneiro ao instituir essa política tributária de caráter extrafiscal, regulamentada pela Lei Complementar nº 29.

Ademais, na atualidade, dezesseis Estados da República do Brasil adotam legislações que versam acerca do ICMS ecológico, de percentuais variados, a depender do estabelecido em cada critério de lei própria dos Estados. Existem indicadores ambientais que direcionam o aumento de áreas preservadas nos Estados que contam com legislações que amparam o ICMS ecológico. Por conseguinte, os Estados estabelecem a proteção e preservação ambiental por meio de repasse de receitas.

Diante disso, Ribeiro, Paiano e Cardoso (2005, p. 178-179) esclarecem:

No Brasil pode ser observado que as políticas públicas no sentido de incentivo à proteção ambiental precisam ser intensificadas, mesmo considerando o meio ambiente positivamente inserido na ordem social. Qualquer política ambiental deve estar integrada com o planejamento urbanístico, com a saúde pública, com o desenvolvimento entre outros aspectos. Assim, é necessário que o governo, em todos os seus segmentos, disponha de política econômica, financeira e tributária que faça com que haja efetivamente este desenvolvimento sustentado, destacando no artigo 225 da Constituição Federal. Embora a Constituição brasileira determine que o Estado e a sociedade sejam responsáveis pela preservação ambiental, poucos são os mecanismos para que essa preservação se efetive.

De fato, a Administração Pública, conforme foi colocada acima, pode e evidencia ser possível utilizar a finalidade extrafiscal do tributo, em especial do ITR e do ICMS, sem prejuízo de outras espécies tributárias, como apontado no capítulo anterior, como mecanismos para conferir a proteção ao meio ambiente e fazer a manutenção de um âmbito saudável à proteção à saúde coletiva.

Ainda que se esteja, no presente estudo, dando enfoque à questão da extrafiscalidade como instrumento de proteção aos direitos fundamentais, é importante trazer à baila a lição da Professora Denise Lucena Cavalcante, de que, no que tange ao Direito Ambiental, o importante é ter em foco a defesa do meio ambiente, e não a discussão se o tributo tem caráter fiscal ou extrafiscal. Assim dispõe a autora:

É preciso ultrapassar, no entanto, essa discussão, que se torna vazia no contexto da tributação ambiental. A finalidade que se persegue aqui é a defesa do meio ambiente e é o que deve estar nos tributos com fins ambientais e não se restringir às funções arrecadatória ou não arrecadatória. Esta discussão pode até ter sido relevante no âmbito do Direito Tributário quando ressaltávamos o papel das contribuições sociais, mas não agora no âmbito do Direito Tributário Ambiental, que tem como princípios tanto os expressos no Sistema Tributário Nacional como os previstos no Direito Ambiental. Devem prevalecer os princípios das duas áreas na adequação à fiscalidade ambiental (CAVALCANTE, 2013, p.1123-1141).

Assim, por meio da extrafiscalidade, busca-se estimular o contribuinte a adotar práticas que antes não existiriam, caso não houvesse nenhum incentivo por parte do Poder Público, desenvolvendo as condições de meio ambiente e saúde. Nesse contexto, dois casos, em especial, merecem atenção, quais sejam: a tributação sobre o fumo e a tributação sobre bebidas açucaradas, com fulcro nos princípios da seletividade e da essencialidade dos produtos e serviços, como se passa a expor nos próximos tópicos.

Pode-se concluir, a partir desta breve análise, a nobre e, no mais das vezes, eficaz intenção do constituinte em cada vez mais introduzir no ordenamento tributário brasileiro normas extrafiscais que induzem, das mais diversas formas, o contribuinte a se comportar e manter uma salutar relação entre a sua atividade econômica e a propriedade e o meio ambiente, o que não afasta, repita-se, a possibilidade de se utilizar da extrafiscalidade em outros ramos do Direito com vistas à efetivação dos direitos fundamentais.

A extrafiscalidade, que é o escopo do presente trabalho, é aquela que pode propiciar uma mudança de comportamento da sociedade, pela maior ou menor incidência do tributo, buscando a efetivação dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

Expôs-se, ainda, a título de exemplo, algumas hipóteses em que a extrafiscalidade já é aplicada em nosso ordenamento jurídico como instrumento indutor de comportamento apto a ensejar a promoção dos direitos fundamentais, destacando-se o IPTU progressivo, que auxilia a alcançar o cumprimento da função social da propriedade, e na seara ambiental destacou-se o ITR e o ICMS.

Analisada a extrafiscalidade, sua conceituação, sua propensão para mudar comportamentos sociais, e algumas hipóteses de incidência de sua utilização em nosso ordenamento jurídico, tratar-se-á, nos tópicos seguintes, de duas hipóteses em que as políticas públicas de caráter extrafiscal podem e devem ser utilizadas como instrumentos de melhora para o cenário atual em que o Brasil se encontra.

As hipóteses abaixo foram selecionadas não apenas porque impactam de maneira grandiosa na saúde pública com as inúmeras doenças que decorrem de um comportamento social que é prejudicial à saúde, mas também pelos custos importantes que representam na economia.

3.1 A RELAÇÃO ENTRE TABACO, SAÚDE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

A saúde mundial é afetada pelo uso do fumo, que se tornou um dos grandes problemas da saúde pública. A relação existente entre doenças, mortes e o uso do tabaco é fato comprovado cientificamente.

Segundo Pinto *et al.* (2017), dentre as causas evitáveis de morte, o tabagismo é a principal, sendo que mais de 5 milhões de mortes são atribuídas ao consumo do gênero do tabaco, e, até o ano de 2025, a estimativa é de que o número de mortes por ano chegue na casa dos 10 milhões.

Ainda segundo Pinto *et al.* (2017), 428 pessoas morrem por dia no Brasil por conta do consumo do tabaco, e quase 57 bilhões de reais por ano são gastos com as despesas médicas e perda da produtividade devido ao tabagismo.

Conforme exposto por Paes (2016), triplicou-se no mundo o consumo de cigarros entre os anos de 1950 e 2009, no entanto, após a ocorrência de um pico de utilização na década de 70, constatou-se uma queda em seu consumo, principalmente a partir da década de 80, e nos países desenvolvidos.

Os danos advindos do uso do tabaco e seus derivados não atingem apenas a saúde das pessoas, mas, também, causam impactos na economia, e na vida do trabalhador rural.

De acordo com o Reis (2016), em estudo realizado em conjunto pelo Ministério da Saúde, pela Fundação Oswaldo Cruz e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do qual resultou o Guia para o Profissional do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, constatou-se que 21 bilhões de reais foram gastos no Sistema Único de Saúde apenas com custo direto, atribuído ao tabaco, para tratamento de doenças como câncer, doenças cardíacas, pulmonares e acidente vascular cerebral. E, de acordo com o Banco Mundial, o consumo do tabaco acarreta uma perda de 200 bilhões de dólares no mundo.

Ainda segundo Reis (2016), no que tange ao aspecto ambiental e à saúde do trabalhador rural, a fumicultura é responsável por desmatamentos, pois se utiliza de uma grande quantidade de lenha para realizar o procedimento de secar as folhas de fumo que ficam em estufas. Além do mais, também impactam o meio ambiente os incêndios acidentais provocados pelo cigarro. Não bastasse isso, para o cultivo do tabaco é necessário o uso de agrotóxicos, que, por sua vez, ocasiona contaminação do ar, da água e do solo. Os agricultores ficam expostos à chamada doença da folha verde do tabaco e ao processo de intoxicação pelo uso de agrotóxicos, ao câncer, e à exposição à radiação solar, além de outras doenças.

Por óbvio, todas essas doenças impactam o tempo de vida útil do trabalhador rural, além dos danos causados ao meio ambiente. De forma que falta de controle e de políticas públicas destinadas à diminuição da pandemia de uso do tabaco ocasiona reflexos na economia do país.

Paes (2016) dispõe que os estudos apontam a tributação como um dos meios mais eficazes no combate ao alastramento do consumo de tabaco, destacando ainda que esse também é o pensamento da Organização Mundial da Saúde, que coloca o aumento da tributação como um dos seis pilares eficazes na administração da epidemia do tabaco.

Sem dúvida o Direito Tributário é um forte aliado em termos de políticas públicas para combater o tabagismo; porém, pensar que as normas tributárias de caráter indutor têm o condão de promover mudanças significativas no consumo, sem

o auxílio de outros mecanismos, é ilusório. É preciso que o Estado atue em diversas frentes para promover um combate efetivo a essa pandemia.

Segundo Dias (2019), conforme exposto no relatório da Fundação Osvaldo Cruz, o Brasil se tornou uma das primeiras nações do mundo a obter o nível mais elevado das seis medias MPOWER para controle do tabaco. Isso significa que o Brasil vem conseguindo pôr em prática as estratégias desenhadas pela Organização Mundial da Saúde para combate à pandemia do tabagismo.

As medidas apontadas pela OMS consistem nos países desenvolverem estratégias nas seguintes searas: aumentar o imposto sobre o tabaco, fazer cumprir as proibições sobre publicidade, advertir sobre os perigos do tabaco, oferecer ajuda para a cessação do fumo, proteger a população contra a fumaça do tabaco, e realizar um monitoramento sobre o uso do tabaco. Tais medidas encontram-se na Convenção-Quadro da Organização Mundial da Saúde (OMS) para controle do Tabaco (2003).

A Convenção-Quadro da OMS para Controle do Tabaco (CQCT/OMS) está em vigor desde 2005, conforme dispõem Boeira e Johns (2007, p. 11):

A Organização Mundial da Saúde (OMS), por sua vez, exerce desde a década de 1970 um crescente papel político na difusão de informações e organização de atores sociais em favor da saúde pública e contrários ao tabagismo. Em fevereiro de 2005, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou o primeiro Tratado Internacional de saúde pública, conhecido como Convenção-Quadro de Controle do Tabaco (CQCT), uma iniciativa da OMS. O Brasil liderou todo o processo de negociação do texto da Convenção-Quadro que aconteceu entre 1999 e 2003, embora tenha sido um dos últimos a ratificá-lo, em outubro de 2005, em face das pressões contrárias de empresas do setor sobre parlamentares e governadores.

O Artigo 3º da Convenção-Quadro traz seus objetivos e assim dispõe:

O objetivo da presente Convenção e de seus protocolos é proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco, proporcionando uma referência para as medidas de controle do tabaco, a serem implementadas pelas Partes nos níveis nacional, regional e internacional, a fim de reduzir de maneira contínua e substancial a prevalência do consumo e a exposição à fumaça do tabaco.

Lannes e Carmo (2019, p. 180) ao analisarem o artigo 3º, supracitado, dispõem que:

Tem como pontos principais um ambiente livre do tabaco, a responsabilidade civil das empresas envolvidas em toda a cadeia de produção de produtos tabagistas e questões relacionadas aos aditivos do tabaco.

E continuam:

Nesse contexto, diante de um compromisso político mundial, cada país membro se responsabiliza por estabelecer e apoiar (no âmbito internacional, nacional e regional) medidas multissetoriais e coordenadas buscando: a) medidas com a finalidade de proteger toda pessoa da exposição à fumaça do tabaco; b) medidas para prevenir a iniciação no mundo tabagista, promover e apoiar a cessação e alcançar a redução do consumo de tabaco em quaisquer de suas formas; c) inclusão de pessoas e comunidades indígenas nos programas de controle do tabaco que sejam social e culturalmente apropriados às suas necessidades e perspectivas; e, por fim, d) medidas, na elaboração das estratégias de controle do tabaco, que tenham em conta aspectos específicos de gênero.

No estudo realizado pela Força Tarefa de Política Fiscal da Saúde (FORÇA-TAREFA DE POLÍTICA FISCAL DE SAÚDE, 2019), verificou-se que o aumento de impostos sobre o consumo de cigarro, bebidas alcoólicas e açucaradas são imprescindíveis para atingir metas de desenvolvimento sustentável, acabar com a pobreza, e promover o a plenitude de emprego.

Ainda segundo a Força Tarefa:

Mais de 10 milhões de mortes prematuras a cada ano — cerca de 16% de todas as mortes no mundo — podem ser prevenidas pela redução do consumo de três produtos: tabaco, álcool e bebidas açucaradas. Se não são tomadas medidas hoje, a carga de doenças atribuíveis a esses produtos vai aumentar, especialmente em países de renda baixa e média, que têm dificuldade de arcar com as associadas perdas de produtividade, custos de saúde e empobrecimento das famílias.

E continua:

O tabaco é o maior e mais bem documentado risco em saúde dentre os três produtos, representando 8 milhões de mortes por ano. Quase 3 milhões de pessoas morrem todos os anos devido ao consumo de álcool. O consumo de açúcar está associado a crescente carga de doenças derivadas da obesidade e do diabetes e responde por cerca de 6 milhões de mortes a cada ano. Reduzir o consumo de bebidas açucaradas é um primeiro passo para desenvolver novas estratégias para abordar essa ameaça à saúde da população.

Os impostos sobre consumo bem projetados são altamente eficazes na redução do consumo de tabaco, álcool e bebidas açucaradas. A resposta ao aumento de preço tende a ser maior entre os grupos de menor renda e de jovens, o que por sua vez os beneficia desproporcionalmente em termos de saúde. A tributação desses três produtos é justificada não apenas pelos grandes e crescentes custos econômicos e de saúde que eles impõem aos

consumidores, mas também por fortes argumentos econômicos relativos a falhas de mercado, externalidades negativas e eficiência fiscal. De fato, poucas intervenções têm o poder de salvar tantas vidas como o aumento dos impostos sobre tabaco, álcool e bebidas açucaradas. E arrecadações fiscais adicionais que podem ser obtidas a partir de tais aumentos de impostos, embora secundárias aos ganhos de saúde, são substanciais. (FORÇA-TAREFA DE POLÍTICA FISCAL DE SAÚDE, 2019, n. p.).

O que se verifica no que tange ao uso de tabaco é que o Brasil vem implementando medidas de combate à pandemia, e que não obstante os números ainda sejam altos, a utilização do tabaco vem diminuindo no país.

As políticas públicas de combate à pandemia do tabaco estão sendo aplicadas não apenas no que tange ao uso do Direito Tributário, mas também se valendo de outras searas de conhecimento, principalmente no que diz respeito à educação, à publicidade, ao controle, e à elaboração de uma legislação mais sólida.

Aliás, em termos de legislação, destacamos a Lei nº 9294, de 15 de julho de 1996, que trata das limitações na propaganda de produtos compostos por tabaco, entre outras medidas, e também o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069 de 1990, que contém diversos dispositivos visando à proteção da criança e do adolescente à exposição ao tabaco.

Tudo somado, o uso do direito tributário, através das normas de caráter indutor, aliado a outros elementos potencializadores, tem aptidão para promover uma mudança comportamental.

Nesse caso do tabaco, embora ainda sejam necessários avanços, as políticas públicas que estão sendo aplicadas estão a favor da promoção dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, da saúde.

Esse é um bom exemplo dos caminhos que se deve ter em vista quando da implementação de políticas públicas, ou seja, o Poder Executivo, ao elaborar e definir a política pública, e o Poder Legislativo, quando da análise do projeto legislativo que a concretiza, deve ter um rumo, qual seja, o da promoção dos direitos fundamentais solidificados em nossa constituição, e, no caso em tela, na promoção da saúde.

3.2 A RELAÇÃO ENTRE AS BEBIDAS AÇUCARADAS, SAÚDE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Ainda dentro dessa temática, qual seja, a do uso da tributação como forma de promoção da saúde, encontram-se, em outros países, como Espanha, Portugal, México e Reino Unido, políticas tributárias que aumentaram as alíquotas incidentes sobre bebidas açucaradas, o que promoveu o aumento no consumo de água e a diminuição no consumo de tais bebidas, conforme consta na Recomendação nº 21, de 9 de julho de 2017, do plenário do Conselho Nacional de Saúde (BRASIL, 2017).

Aliás, conforme exposto na recomendação supracitada, que se trata na verdade de reprodução de uma recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS), deve-se aumentar a tributação dos refrigerantes e de outras bebidas açucaradas em, no mínimo 20%, por meio de tributos específicos com o objetivo de diminuir o risco de contrações de todas as doenças que decorrerem do uso de tais bebidas.

Não obstante tal recomendação, o Brasil está na contramão desse cenário, já que a política tributária, em relação às empresas produtoras de bebidas açucaradas é muito benevolente com a concessão de benefícios fiscais sob o argumento de que se busca fomentar a economia.

Conforme vem sendo reiterado ao longo deste estudo, a tributação deve sim estar aliada à promoção da economia. Trata-se de uma relação circular indissolúvel. Porém, as políticas tributárias, visando a promoção deste ou daquele setor econômico, não podem ser pensadas e praticadas sem se levar em conta os demais valores que estão amparados pelo texto constitucional. No caso em tela, a saúde foi deixada de lado.

Segundo consta na Recomendação da Organização Mundial de Saúde, o aumento no consumo de bebidas açucaradas vem crescendo no país, e a consequência é um aumento do número de doenças relacionadas ao consumo excessivo de açúcares.

Dentre as diversas doenças que são decorrência do consumo desenfreado de açúcares, encontramos a diabetes e a obesidade. A relação existente entre as bebidas e essas doenças é comprovada cientificamente, de forma que o Estado, ao

estimular a promoção de tais bebidas com a concessão de políticas tributárias de caráter extrafiscal na busca de fomentar a economia e, assim, produzir riquezas, acaba por alcançar um efeito contrário ao pretendido. Isso se deve porque o fomento da economia corrobora para o aumento de doenças e, conseqüentemente, para gastos com saúde pública. Portanto, o Estado não apenas deixa de arrecadar tributos, mas também fomenta práticas prejudiciais à saúde.

A verdade é que, ao contrário do que ocorre em relação ao tabaco, no que tange o consumo de bebidas açucaradas, não existe no Brasil qualquer tipo de política pública centralizada no combate ao consumo excessivo desses produtos, muito menos de caráter fiscal, aliás, nesse ponto, conforme já exposto, o Brasil está no sentido contrário da recomendação da Organização Mundial da Saúde, já que concede uma série de benefícios fiscais aos produtores, como ocorre com os fabricantes de xarope da Zona Franca de Manaus.

A Receita Federal, preocupada com tal situação, fez uma análise pormenorizada sobre a situação da tributação sobre bebidas açucaradas e refrigerantes, e constatou que:

Assim como os engarrafadores, os fornecedores de Manaus também recebem valores significativos de benefícios fiscais, em decorrência da aplicação de alíquotas reduzidas de IRPJ, PIS/COFINS, ICMS e Imposto de Importação. Com isto, nos últimos anos, além dos 2 bilhões de reais de créditos do IPI aproveitados pelos engarrafadores espalhados pelo país, em torno de 1,9 bilhões de reais beneficiou os fornecedores de insumos de Manaus, totalizando uma renúncia fiscal de quase 4 bilhões de reais anuais. Com isto, nos últimos anos, além dos 2 bilhões de reais de créditos do IPI aproveitados pelos engarrafadores espalhados pelo país, em torno de 1,9 bilhões de reais beneficiou os fornecedores de insumos de Manaus, **totalizando uma renúncia fiscal de quase 4 bilhões de reais anuais.** (RECEITA FEDERAL, 2020).

A conclusão da Receita Federal (2020) é no sentido de que a redução dos valores de incentivos fiscais traria impactos positivos significativos para as contas públicas, e mais, que não traria prejuízo para as empresas do setor, que possuem plenas condições de absorver a carga tributária decorrente da diminuição dos benefícios fiscais, pois, de acordo com o Banco Central do Brasil, entre os anos de 2013 a 2017, o setor de bebidas teve um volume de lucros e dividendos para o exterior de 13,4 bilhões de dólares.

Não obstante o disposto na recomendação n.º 21 de 2017, haja vista que o governo federal e os entes públicos de uma maneira geral não executaram políticas públicas para refrear o aumento da demanda por bebidas açucaradas, fez-se necessário que o Conselho Nacional da Saúde mais uma vez se manifestasse sobre o tema, agora através da Recomendação n.º 47, de 24 de julho de 2020, na qual o Conselho Nacional de Saúde mais uma vez traz à baila a necessidade de políticas governamentais de combate ao consumo de bebidas açucaradas.

A pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Saúde, no formato VIGITEL, Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico, é do ano corrente, e constatou que:

[...] mais da metade da população brasileira tem excesso de peso (55,4%) e que a obesidade já atinge mais de 20% da população brasileira, sendo que estudos comprovam que a obesidade é um importante fator de risco para diversas doenças crônicas não transmissíveis, como dislipidemia, hipertensão arterial, infarto agudo do miocárdio, diabetes mellitus tipo 2, síndrome metabólica, alguns tipos de câncer (incluindo mama, ovários, endométrio, próstata, rim e cólon) e outras repercussões graves a médio e longo prazo; [...] (BRASIL, 2020).

Os dados trazidos pela Organização Mundial de Saúde também não são favoráveis:

Considerando que os dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) apontam que o Brasil consome 50% a mais de açúcar do que o recomendado, com impacto no aumento do diabetes nos últimos anos que, segundo a pesquisa Vigitel, cresceu de 5,5% da população adulta em 2006 para 7,4% em 2019; [...] (BRASIL, 2020).

A Recomendação considera ainda os impactos negativos do consumo de bebidas açucaradas não apenas para a saúde, mas também para os custos econômicos, além da perda da produtividade e das horas trabalhadas, que trazem impactos tanto para a renda, quanto para a produtividade do país.

Outro aspecto apontado da Recomendação nº 47/2020 foi a de que 32,3% das crianças brasileiras com até 2 anos consomem bebidas açucaradas e sucos artificiais, e mais de 70% das crianças com até 5 anos consomem essas bebidas ao menos uma vez na semana.

Também é fato indicativo do aumento do consumo de tais bebidas que, conforme consta na recomendação, houve um aumento na sua produção de 10

bilhões de litros para dezessete bilhões e quatrocentos mil litros todos os anos. Sendo que as vendas também aumentaram em quase noventa por cento

O Brasil e, também, os demais países da América Latina assumiram outro compromisso visando combater a epidemia no consumo de bebidas açucaradas, foi o de assinar o Plano de Ação para a Prevenção da Obesidade em Crianças e Adolescentes (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2014), no qual o Brasil reconheceu a existência e gravidade do problema, bem como se comprometeu a implementar políticas públicas, inclusive de caráter fiscal, para tratar essa dificuldade.

O item 7º do Plano traz a seguinte disposição:

Identificar os fatores determinantes da epidemia de obesidade é fundamental para instruir e desenvolver políticas, ações, leis e regulamentações relacionadas à saúde bem fundamentadas. Do ponto de vista alimentar, agora se reconhece que as preferências alimentares pessoais, decisões de compra e comportamentos alimentares são moldados pelo preço, marketing, disponibilidade e acessibilidade. Por sua vez, estes fatores são influenciados por políticas e regulamentações do mais alto nível para agricultura e comércio (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2014, p. 09).

A informação que *a priori* parece ser óbvia precisa ser posta para ser implementada, já que sem identificar as razões sociais que levam à obesidade é impossível desenvolver um plano político efetivo de contenção da doença.

O item 5 dispõe que os estudos científicos vêm apontando a relação existente entre o consumo excessivo de bebidas açucaradas e o desenvolvimento de várias doenças, como, por exemplo, as aqui já citadas, diabetes e obesidade. Mas também está relacionada com diversas outras doenças, como as doenças cardiovasculares, síndrome metabólica, inflamação sanguínea e hipertensão (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2014).

O próprio Plano de Ação para a Prevenção da Obesidade em Crianças e Adolescentes (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2014) aponta, em seu item 17, medidas que foram adotadas pelo Brasil no combate ao consumo excessivo das bebidas açucaradas, são eles: políticas visando melhorar a

alimentação nas escolas (em especial buscando uma melhora nos alimentos vendidos nesses locais), regulamentação do marketing de alimentos para crianças, melhora no programa nacional de merenda escolar, sendo que o Brasil exige que ao menos 70% dos alimentos designados para os alunos precisam ser naturais ou com o mínimo possível de processamento, e, pelo menos 30% do orçamento escolar seja destinado para a compra de alimentos advindos da agricultura familiar local.

Veja-se, portanto, que o Brasil, ainda que minimamente, vem adotando medidas multisetoriais na busca de combater a proliferação do consumo de bebidas açucaradas, porém, conforme já citado, a Organização Mundial da Saúde aponta como principal mecanismo de contenção deste hábito de consumo a utilização do direito tributário, no qual as normas tributárias de caráter indutor podem desestimular o consumo de tais bebidas, no entanto, conforme consta na Recomendação n.º 47 de 2020 do Conselho Nacional de Saúde, o Brasil, além de não ter políticas fiscais nesse sentido, ainda adota uma postura adversa, pois dá um tratamento tributário favorecido para os produtores das bebidas açucaradas.

No ano de 2018, o Governo Federal, visando diminuir o tratamento fiscal mais benefício que é concedido às empresas que integram a escala de produção de bebidas açucaradas (produtores da matéria prima utilizadas para fabricação de bebidas açucaradas e os produtores das bebidas açucaradas), modificou a alíquota do Imposto sobre Produto Industrializado, IPI, para os extratos e concentrados que são utilizados na fabricação de refrigerante e outras bebidas açucaradas. Assim, a alíquota do IPI, que era de 20%, nos moldes do Decreto Federal nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016, passou a ser de 4% com a edição do Decreto nº 9.394, de 30 de maio de 2018.

A diminuição da alíquota trazida pelo Decreto, na prática, representa uma diminuição de tratamento tributário mais favorecido, pois o IPI é um imposto não cumulativo, e que na Zona Franca de Manaus existe isenção do mesmo dentro de determinados critérios; porém, mesmo com a isenção na compra de concentrados, os fabricantes das bebidas acumulam o crédito do imposto não pago, por mais contraditório que possa parecer, haja vista a distorção de nosso sistema tributário, a diminuição da alíquota, para esses fabricantes, representa diminuição de benefícios fiscais.

Porém, esse breve passo dado em termos normativos pelo Governo Federal sucumbiu à pressão da classe de produtores de fabricantes de refrigerantes e outras bebidas açucaradas que, diante da edição do decreto federal de 2018, ameaçaram retirar suas empresas do Brasil.

Em maio de 2018, o governo alterou novamente algumas alíquotas do IPI, incluindo uma redução na alíquota do concentrado de 20% para 4%. No entanto, conforme explicado no inciso anterior, a alta alíquota de imposto sobre os insumos para bebidas açucaradas proporciona um subsídio considerável para a indústria, devido à distorção gerada pelo sistema de crédito de IPI e isenções fiscais para fabricantes localizados na ZFM. Depois de muitas reclamações da indústria de refrigerantes, incluindo ameaças de grandes empresas de deixar o país, o decreto foi revogado e em 2019 a alíquota do IPI foi elevada para 12%. (PEREDA; GARCIA, 2020, p. 03).

Cedendo à pressão das empresas produtoras de bebidas açucaradas, o Governo Federal editou outros três decretos tratando do tema, foram eles os decretos n.º 9.514/2018, n.º 9.897/2019 e n.º 10.254/2020, que buscaram aumentar o crédito tributário, que, por sua vez, reduz a capacidade de arrecadação e, conforme já exposto acima, traz aumento no consumo das bebidas e, conseqüentemente, uma piora da saúde pública, sobrecarregando o sistema de saúde.

Por isso, na Recomendação n.º 47/2020, o Presidente do Conselho Nacional de Saúde solicitou monocraticamente, sujeita à aceitação posterior por parte do colegiado, por considerar a urgência do assunto, que o Presidente da República pare com os subsídios fiscais de IPI para refrigerantes e outras empresas do gênero de bebidas adoçadas com a alteração do Decreto Federal n.º 8.950/2016, com o fim de zerar as alíquotas incidentes sobre o IPI, visando nitidamente acabar com as manobras tributárias para geração de créditos em fase da Fazenda, o que, por sua vez, conforme demonstrado, proporciona um prejuízo bilionário anual para o fisco.

A preocupação não está presente apenas na seara da saúde; segundo Rittner, (2020) o Ministério da Economia, representado no Fórum Econômico Mundial pelo Ministro da economia, Dr. Paulo Roberto Nunes Guedes, confirmou sua preocupação com o que ele chamou de “imposto do pecado”, para se referir à necessidade de incluir na nova proposta de reforma tributária uma carga de tributos ainda mais elevada sobre os cigarros e as bebidas alcoólicas e açucaradas.

Tudo somado, pode-se concluir que o Brasil não vem executando políticas públicas eficientes para conter o consumo maléfico das bebidas açucaradas, e mais,

além disso, vem assumindo uma postura contrária àquela manifestada no âmbito internacional, com a instituição de uma legislação que privilegia os produtores de tais bebidas.

Esse comportamento, além de indesejado internacionalmente, também traz prejuízo tanto para a saúde pública quanto para a economia. No que tange a saúde pública, propicia a proliferação de doenças como a diabetes, a obesidade, doenças cardíacas, entre outras, o que, por sua vez, onera o sistema de saúde, tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial, já que, conforme demonstrado, as demandas judiciais sobre o tema só fazem a crescer. Além do mais, diminuem a expectativa laboral do trabalhador.

No aspecto econômico, conforme relatório da Receita Federal (2020), a renúncia fiscal com os benefícios concedidos a tais empresas, corresponde a uma renúncia fiscal de aproximadamente 4 bilhões por ano, só das empresas situadas na Zona Franca de Manaus.

Sendo assim, haja vista que tal política pública tributária, além ser um desfavor econômico, também representa um retrocesso na área da saúde. É importante traçar alguns limites de ordem racional quando da utilização do direito tributário em seu caráter extrafiscal, visando à promoção dos objetivos constitucionais, principalmente quando o tema é saúde.

3.3 OS LIMITES CONSTITUCIONAIS NO USO DA EXTRAFISCALIDADE

O Estado vem se valendo de políticas públicas de caráter extrafiscal nas mais diversas searas, como, por exemplo, para propiciar a promoção do meio ambiente, da função social da propriedade e, também, da saúde pública, como é o exemplo do tabaco.

Porém, em outras situações, como no exemplo das bebidas açucaradas, o Estado, a pretexto de fomentar a economia, apoia programas governamentais que acabam indo no sentido contrário ao que vem sendo prescrito no cenário internacional, contribuindo para uma piora no quadro já tão caótico da saúde pública.

Diante de dessa situação, fica a seguinte questão: qual, ou quais seriam os limites para a utilização da extrafiscalidade em termos de políticas públicas?

Segundo Silva (2016), quando o Estado institui tributos, ele tem duas razões, a primeira seria a necessidade de arrecadação para manter a própria estrutura administrativa e implementar as políticas públicas que lhes são obrigatórias, seja

pela Constituição, seja por obrigação decorrente da Lei. E a segunda é para induzir a sociedade ou a economia em uma determinada direção.

A segunda opção apontada é o ângulo que está sendo abordado no presente estudo, a qual será desenvolvida.

Importante constar que a doutrina pátria apresenta critérios diversos para descrever os limites constitucionais à extrafiscalidade, cada um levando em conta um determinado enfoque, haja vista as finalidades pretendidas.

A título de exemplo, podemos trazer à baila a classificação trazida pelo professor Gouvêa (2006), que assim dispõe sobre o tema: “Pretendemos, pois, classificar os limites da extrafiscalidade em limites jurídico-principiológicos, limites jurídico-normativos, limites lógicos e limites socioeconômico” (GOUVÊA, 2006, p. 428).

Conforme disposto por Pimenta (2016), a maior parte de nossa doutrina relaciona a limitação da extrafiscalidade com as finalidades constitucionais que lhe servem de fundamento.

Haja vista o recorte que é dado ao presente estudo, qual seja, a relação entre o direito constitucional saúde e a extrafiscalidade como forma de sua promoção, é que ater-se-á a esse aspecto, até porque seria impossível descrever de maneira satisfatória todas as limitações que são apontadas pela doutrina.

As limitações impostas pela constituição à extrafiscalidade obrigam o legislador a respeitar, quando da instituição da norma tributária de caráter indutor, não apenas os direitos fundamentais, mas também os demais limites impostos pelo constituinte ao poder de tributar.

Pimenta (2016) dispõe que:

A limitação da extrafiscalidade pelos direitos fundamentais impõe o respeito, pelo legislador extrafiscal, aquela série de direitos individuais e sociais dispostos nos primeiros artigos da constituição de 1988. Assim, não seria possível a instituição de uma medida extrafiscal como uma taxa judiciária por demais majorada que limitasse, por exemplo, o acesso das pessoas à Justiça (PIMENTA, 2016, p. 253-276).

Sendo assim, o legislador infraconstitucional, ao estabelecer programas que se valem da extrafiscalidade, não pode deixar de observar as finalidades estabelecidas na constituição.

Para o professor Paulo Caliendo (2013), a limitação da extrafiscalidade tributária pela preservação dos valores constitucionais é clara, não sendo possível que para alcançar determinados objetivos deixem-se de lado os direitos fundamentais:

Estabelecer os limites constitucionais à utilização extrafiscal da tributação é um dos problemas centrais do constitucionalismo moderno. Afinal este instrumento de promoção econômica e social não pode ferir a essência dos direitos que deseja preservar. Não se pode aceitar que para atingir finalidades louváveis do ponto de vista constitucional sejam pisoteados os direitos fundamentais do contribuinte (CALIENDO, 2013, p.171-206).

Gouvêa (2006) vai além, ao dispor que:

Em linhas gerais, quanto aos princípios que guardam valores constitucionais não tributários, é lícito dizer que devem ser observados pela tributação extrafiscal, pois esta não pode almejar finalidade vedada pela Carta ou contrária a seus ditames, mesmo que o proibitivo seja implícito. (GOUVÊA, 2006, p. 255).

Veja que, segundo os respeitáveis doutrinadores acima apontados, a limitação da norma tributária de caráter extrafiscal não fica adstrita apenas aos fins constitucionais pelos quais foi instituída, mas também encontra limitação nos valores constitucionais e nos princípios constitucionais, ainda que esses princípios não tenham natureza tributária.

Ainda segundo Gouvêa (2006), é intuitivo que a extrafiscalidade não pode violar os princípios e direitos fundamentais adotados pela Constituição Federal.

E assim dispõe: “Em síntese, a extrafiscalidade é limitada pelo emaranhado principiológico constitucional, formado pelas diretrizes tributárias, econômicas e sociais” (GOUVÊA, 2006, p. 257).

Tudo somado, a conclusão é lógica, o Poder de Tributar do Estado está limitado tanto em seu caráter fiscal quanto em seu caráter extrafiscal, pelos valores principiológicos exposto no texto constitucional, bem como pelos direitos e garantias fundamentais.

O que do ponto de vista teórico *a priori* possa parecer uma conclusão óbvia, na prática, tal realidade é distinta, sendo que o legislador se distancia da observância de tais valores.

Trazendo à baila novamente o caso das bebidas açucaradas no Brasil, agora, não observando o aspecto da relação que se desenvolve entre a piora da saúde da

população e o aumento no consumo de tais bebidas, mas sim no que diz respeito aos aspectos técnicos do próprio Direito Tributário e à proteção dos valores constitucionais.

No caso apontado neste estudo, pode-se questionar se a norma tributária que concede um tratamento tributário mais favorecido para as empresas que participam de todo o processo de produção dos refrigerantes e outras bebidas dessa espécie respeitam a previsão constitucional à seletividade.

Como sabido, o Sistema Tributário Nacional é norteado por uma série de princípios, sendo que vários deles se encontram expressos no texto constitucional. Assim, tem-se o princípio da seletividade em razão da essencialidade do bem, produto ou mercadoria tributável, princípio este que se encontra consagrado expressamente no texto constitucional e que se apresenta como instrumento de grande valia para a efetivação da justiça fiscal.

Em virtude disso, o legislador estabeleceu critérios para que se busque onerar mais o bem, produto, mercadoria ou serviço que tenha caráter supérfluo do que aqueles que sejam essenciais, sendo o legislador enfático quanto à obrigatoriedade de alíquotas diferenciadas em relação ao Imposto sobre Produtos Industrializados, o que não ocorre em se tratando do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, facultando ao legislador, nesse caso, a observância da essencialidade como parâmetro para tributação.

O princípio da seletividade encontra amparo no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que o “ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e serviços” (BRASIL, 1988). Tal dispositivo autoriza a seletividade do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação em observância à essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Segundo Paulsen (2017), o dispositivo supracitado não é o único a tratar da seletividade tributária na Constituição Federal. Tem-se, também, e apenas a título de exemplo, o disposto no art. 153, § 3º, inciso I, que impõe a seletividade conforme a essencialidade do produto para o Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI).

De igual forma, tem-se o disposto no art. 156, § 1º, inciso II da Constituição Federal que, ao tratar do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana,

assegura a possibilidade de que se “tenha alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel”, deixando claro o constituinte que a “seletividade é uma faculdade” (PAULSEN, 2017, p. 159-160).

Portanto, no que diz respeito ao Imposto sobre Produto Industrializado, a Constituição Federal de 1988 é imperativa, não deixando discricionariedade para o legislador infraconstitucional.

Dispõe o texto constitucional, no artigo 153, IV, §3º, I, que a união é competente para instituir o imposto industrializado, porém, que tal imposto “será seletivo em função da essencialidade do produto” (BRASIL, 1988).

O princípio da essencialidade, mais comumente tratado pela doutrina como princípio da seletividade, é, no entender de Paulsen (2017), uma técnica de tributação que busca atender à capacidade contributiva de cada indivíduo, com a previsão de alíquotas observando a natureza ou finalidade dos bens, mercadorias ou produtos.

Acrescenta o autor que “selecionar é distinguir, separar, escolher. A seletividade implica múltiplos tratamentos tributários, adequados a cada objeto” (PAULSEN, 2017, p. 159), demonstrando a preocupação do constituinte em tratar de forma desigual os desiguais, promovendo assim a justiça tributária.

Semelhantes são os ensinamentos de Minardi (2017, p. 29), para quem:

A seletividade é a tributação conforme a essencialidade do bem, isto é, quanto mais essencial for o bem, menor será a tributação. No caso do IPI e do ICMS, verifica-se a aplicação da capacidade contributiva por decorrência do consumo. O fato de o sujeito, por exemplo, comprar um iate demonstra que terá uma boa capacidade econômica e por isso terá eficácia contributiva, assim poderá pagar mais imposto.

Silva (2003, p. 550), ao tratarem do vocábulo “essencial”, o definem como “tudo que é indispensável, fundamental para a constituição de uma coisa, [...]. Essencial, assim, mostra-se o que não é dispensável nem supérfluo”.

Baleeiro (2004) complementa ao afirmar que a essencialidade está ligada à relação existente entre o produto (mercadoria ou serviço) e a necessidade do mesmo na vida das pessoas.

No mesmo sentido, aduz Machado (2008) que mercadoria essencial é aquela sem a qual não sobrevivem as pessoas, sendo, em sua ausência, privados os cidadãos das condições de vida mínima.

O mesmo autor também traz o conceito de seletivo, entendendo que este remete-se ao que é selecionador, aquilo que seleciona, onerando de forma diversa os bens que forem diferentes por meio de um determinado critério (MACHADO, 2008).

Preleciona Brasileiro (2004) que, em decorrência disso, o princípio da seletividade preconiza que mercadorias ou serviços que não sejam essenciais devem possuir uma maior tributação.

Para a apuração do princípio da seletividade, o constituinte levou em consideração as necessidades básicas da vida em sociedade, tais como moradia, educação, alimentação, saúde, vestuário, higiene, transporte e previdência, conforme o art. 7º, IV, da Constituição. Todavia, deve-se ainda analisar o que norteia a dignidade humana, o desenvolvimento nacional, entre outros (MELO, 2005).

Com base nisso, entende-se que a seletividade pretende aplicar alíquotas maiores para produtos (mercadorias e serviços) que sejam supérfluos e menores para aqueles que sejam essenciais à manutenção da dignidade humana, bem como do interesse nacional, como, por exemplo, do desenvolvimento da nação.

Anote-se, ainda, que o princípio da seletividade, ao ser aplicado, deve guardar relação com a natureza da mercadoria ou do serviço e não sua destinação ou origem, o que é defeso, conforme se extrai do art. 152 da Constituição de 1988 (CARRAZZA, 2008).

O que demonstra a essencialidade de uma mercadoria ou serviço é que, a rigor, não há liberdade de consumo, mas uma necessidade, pois ninguém pode viver, sem que seja afetada sua dignidade humana, com a ausência de água, pão, remédios e energia elétrica. Assim, faz-se necessário um tratamento tributário mais brando (CARRAZZA, 2008).

Ditas tais palavras, é permitido ao contribuinte que se sinta lesado com a alíquota aplicada a determinada mercadoria ou serviço que busque o Poder Judiciário para dirimir a questão. Este poderá analisar se o objeto da reclamação é

ou não essencial, podendo determinar que a operação seja tributada de forma menos gravosa, a fim de respeitar o princípio da seletividade (CARRAZZA, 2008).

Portanto, o princípio da seletividade, levando em conta a natureza das mercadorias e serviços, deve impor às de caráter supérfluo, alíquotas maiores, enquanto para as de primeira necessidade, as alíquotas aplicadas devem ser menores, objetivando, assim, satisfazer o princípio da dignidade humana, bem como o desenvolvimento nacional.

Assim, a Administração Pública, por meio de sua competência constitucional, poderá se valer de alíquotas diferenciadas, desestimular o consumo e comercialização de produtos maléficos à saúde do indivíduo, efetivando assim sua função de garantidor do Direito fundamental à saúde.

Com função extrafiscal de tributos de aplicabilidade positiva, no que diz respeito à garantia e efetivação do direito fundamental à saúde, tem-se a cobrança de alíquotas diferenciadas sobre os produtos nocivos à saúde do indivíduo. Isso é possível por meio da aplicabilidade do princípio da seletividade, que autoriza, em razão da essencialidade dos bem, alíquotas mais altas (TORRES, 2001).

Gouvêa (2006), ao tratar da seletividade, assim dispõe: “A seletividade, por sua vez, onera a produção de supérfluos, tornando-os mais caros em relação aos produtos essenciais, estimulando o mercado destes e desestimulando o daqueles” (GOUVÊA, 2006, p. 63).

Entendido o conceito de seletividade, podermos voltar à questão central do presente tópico, qual seja, as limitações constitucionais à extrafiscalidade. Será que o legislador infraconstitucional quando da instituição de um tratamento jurídico tributário mais favorecido para as empresas que participam do processo de produção de bebidas açucaradas está respeitando a aplicação do princípio constitucional da seletividade que deve recair sobre os produtos industrializados?

A resposta é negativa, pois quando se trata da produção de refrigerantes e outras bebidas do gênero, há total desrespeito à regra constitucional da seletividade. Nossa constituição dispôs no artigo 153 que o Imposto Sobre Produto Industrializado deve ter por norte o nível de essencialidade do produto.

Conforme exposto acima, a essencialidade está relacionada ao estabelecimento de alíquotas maiores para produtos que sejam supérfluos e menores para os produtos que são essenciais.

As bebidas açucaradas, conforme demonstrado ao longo do presente estudo, não apenas não estão no rol produtos essenciais, como estão na outra ponta da tabela, ou seja, são claramente produtos supérfluos, de forma que o tratamento tributário deve ser mais rigoroso, nos moldes do princípio da seletividade.

Tudo somado, conclui-se que, no que tange ao tratamento tributário privilegiado concedido a todos os que participam do processo de produção das bebidas açucaradas, há clara ofensa ao princípio constitucional da seletividade, já que, não obstante tais produtos sejam supérfluos, eles são tributados de maneira mais benevolente.

Evidente que a carga tributária que recai sobre o processo de produção das bebidas açucaradas não está adstrita apenas ao IPI, tendo a incidência de outros tributos federais e, também, de tributo estadual.

Também é claro que existem outras técnicas tributárias que não apenas a seletividade, que também viabilizam a utilização da extrafiscalidade, como é o caso da não cumulatividade, progressividade e outras. Porém, não se tem a pretensão de esgotar o tema ora analisado, mas sim de demonstrar a relação existente entre o Direito Tributário em seu caráter extrafiscal como instrumento de promoção da saúde pública quando de sua utilização por meio das vias adequadas. Bem como sua utilização não pensada com a promoção dos direitos fundamentais pode levar a situações catastróficas, como é o caso do tratamento dado às bebidas açucaradas no Brasil.

3.4 DESDOBRAMENTOS DA EXTRAFISCALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Garantir ao coletivo, através da prestação de recursos essenciais de sobrevivência digna, é um dos pilares dos direitos fundamentais e o princípio da

dignidade humana. Aliás, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil, como já foi explanado anteriormente.

Nesse cenário, alguns direitos fundamentais merecem destaque quanto à sua função e importância na vida dos indivíduos e programas constitucionais de atuação dos poderes públicos a eles interligados. Exemplo claro disso é o direito fundamental à saúde, haja vista a sua importância para uma vida com dignidade, pois representa muito mais do que a ausência de doença, pois é a saúde que assegura o bem-estar físico e psíquico dos indivíduos.

A necessidade de atuação estatal é evidente nesse cenário. Portanto, desenvolver políticas públicas de caráter extrafiscal, voltadas especificamente para a saúde, irá demonstrar o compromisso do Estado com essa missão que decorre do modelo adotado pelo constituinte, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

Todo o nosso discorrer até o presente momento foi no sentido de comprovar a densidade normativa do direito à saúde e, também, como o Direito Tributário pode ser utilizado para promover a mesma.

Claro que os valores advindos das receitas tributárias são alocados para manutenção e promoção da saúde nacional, mas não é disso que se trata neste trabalho, mas sim de como as normas indutoras, aquelas de caráter extrafiscal, podem atuar diretamente no comportamento da população, contribuindo para a prática de comportamentos que irão propiciar uma melhora da saúde de todos.

Diante do exposto, faz-se necessário aprofundamento sobre o tema da relação existente entre o direito tributário e a promoção da saúde.

3.5 UTILIZAÇÃO DE TRIBUTOS NA PROMOÇÃO DA SAÚDE E A EXTRAFISCALIDADE

Do até aqui exposto, é visível verificar o posicionamento jurisprudencial no caminho da afirmação do Estado como condutor da prestação que envolve o Direito fundamental à saúde em uma nação constitucionalmente amparada, pois o direito à saúde, um direito fundamental social, não o compreende mais como apenas um

direito individual, mas prestigia sua dimensão subjetiva pública, portanto, direito de todos. É, pois, imprescindível ao bem-estar coletivo.

Segundo Buffon (2010), a compreensão da extrafiscalidade ocorre pela via da exclusão. Uma vez que se compreende a ideia de fiscalidade, percebe-se que ela gravita em seu entorno. Isto é, a fiscalidade se refere à forma como o Estado arrecada tributos para que com isso tenha recursos para realizar seus fins. A extrafiscalidade, por óbvio, corresponde a uma fórmula que ocupa um espaço alternativo a essa ideia.

Dessa forma, toda vez que não estiver presente a prevalência arrecadatória, estaremos diante da extrafiscalidade. No entanto, é preciso aliar mais do que meramente a promoção da economia e da circulação de riqueza para o fim de justificar o uso da extrafiscalidade.

Como ficou demonstrado acima, a extrafiscalidade pode ser utilizada para induzir determinados comportamentos humanos.

Porém, esses comportamentos que são objetos de indução por meio das normas tributárias devem também estar a favor da promoção dos demais direitos consagrados na constituição.

Veja-se um exemplo de efetivação para fins de garantia do direito fundamental à saúde: a cobrança de alíquotas diferenciadas a produtos nocivos à saúde do indivíduo, como o exemplo do fumo citado acima.

Tal comportamento trará um desencorajamento para os consumidores de tabaco, o que, por sua vez, refletirá em uma diminuição nas doenças decorrentes do uso do cigarro. E com isso, por óbvio, também haverá uma diminuição nos casos com a saúde pública decorrentes de tais enfermidades.

Porém, a ausência de um planejamento adequado quando do lançamento de políticas tributárias de caráter extrafiscal desassociada da visão da proteção dos valores constitucionais, e apenas pensadas para fins de promoção da economia, pode levar a situações catastróficas, como é o caso do exemplo do tratamento tributário privilegiado concedido para as empresas que participam da cadeia de produção das bebidas açucaradas, que acabam por induzir a população a consumir mais estas bebidas, causando uma piora na saúde dessa população, causando um

aumento de gastos no setor da saúde pública no combate às doenças decorrentes de tal comportamento alimentar.

O que se defende, portanto, é o uso da extrafiscalidade de maneira responsável, para que não ocorra de se obter um efeito contrário ao esperado.

Não é que a extrafiscalidade não possa ser utilizada para fins de fomentar determinado setor econômico, ela pode e deve ser utilizada nesse sentido, não se pretende que ocorra o sacrifício dos princípios constitucionais também consagrados, como a busca do desenvolvimento econômico e social, a livre iniciativa e a livre concorrência.

Aliás, a Livre Iniciativa é fundamento da República Federativa do Brasil, nos moldes do artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, de forma que deve haver um equilíbrio dentro da dinâmica que envolve o direito econômico e a extrafiscalidade.

Conforme ensina Gouvêa (2006), os mecanismos de extrafiscalidade tem que ter sempre como norte a realidade socioeconômica do país, implicando verdadeira advertência para legítima atuação.

O mercado, a realidade social, apresentam limites à extrafiscalidade, e não impossibilidade de seu exercício. Assim, a extrafiscalidade principiologicamente adequada, permitida pelo ordenamento jurídico, logicamente possível, pode ser inviabilizada pelo mercado ou pela realidade social (GOUVÊA, 2006, p. 271).

O uso de políticas tributárias de caráter extrafiscal tem de estar associado, pensado, planejado com a promoção de outros direitos fundamentais, tal como é o caso da saúde. Também pode ser admitida quando utilizada para promoção da economia e desenvolvimento social. As duas hipóteses acima são legítimas, a nosso ver; a primeira atende mais aos fins constitucionais, já que, além de alcançar reflexamente o desenvolvimento econômico e social, também promove a proteção dos de outros direitos fundamentais.

O meio-termo seria a aplicação de políticas tributárias de caráter extrafiscal que têm o condão exclusivo de promoção do desenvolvimento econômico e social, mas que não impactam nem positiva, nem negativamente em um comportamento que irá se chocar com os direitos fundamentais.

O que não se pode admitir é o que ocorre no exemplo das bebidas açucaradas, em que a extrafiscalidade induz a comportamentos que vão de encontro com a melhora dos direitos fundamentais; na verdade, impulsiona comportamentos nocivos para a saúde da população.

Partindo da perspectiva de que o Sistema Tributário deve servir como instrumento para concretização dos direitos fundamentais, não apenas aqueles tributos que devem constitucionalmente ser arrecadados para o emprego na seara da saúde, mas também por meio das normas tributárias de caráter indutor, para garantir o máximo de eficácia aos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à saúde, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana, é que se defende que as normas tributárias não podem, ainda que indiretamente, fomentar comportamentos que sejam contrários à promoção da saúde.

A proposição pretendida é a de que as autoridades legislativas não percam esse norte, ou seja, quando da elaboração ou análise de um projeto de lei tributária que induza a comportamentos, é importante analisar não apenas o aspecto de fomento à economia e desenvolvimento social, mas também analisar se ela não pode afetar negativamente o direito fundamental à saúde; e mais, sempre que possível, ela deve induzir a comportamentos que promovam a saúde ou outros direitos fundamentais.

O que, sem dúvida, acaba por exigir um maior cuidado quando da elaboração de tais normas, que nunca devem surgir desacompanhadas de estudos técnicos dos impactos que irão causar nas mais diversas searas, entre elas, e principalmente, na saúde.

Aliás, tal proposição não se aplica apenas às autoridades legislativas, já que também é sabido que o Poder Executivo, por meio da edição de atos normativos, como os decretos que podem alterar a alíquota de tributos de caráter extrafiscal, o que também tem a capacidade de mudar comportamentos de consumo, fomentar serviços e atividades, de forma que além de atuar na economia, também atua no comportamento das pessoas, podendo mudar o comportamento populacional de hábitos saudáveis para atos que trazem malefícios à saúde.

Portanto, as autoridades públicas responsáveis por lançarem políticas tributárias de caráter extrafiscal têm que ter como norte não apenas o

desenvolvimento econômico e social, mas também a implementação de outros direitos fundamentais, no caso do presente trabalho, a promoção da saúde.

Segundo Silva (2016), sempre que o Estado atua no domínio econômico se valendo de matéria tributária, é preciso necessariamente que ocorra uma análise dos aspectos políticos, administrativos, tributários e financeiros.

A proposição do presente estudo é para que ocorra um alargamento desses aspectos, para que, além das dimensões supracitadas, deva também o Estado, ao lançar uma política tributária de caráter extrafiscal por meio de normas indutoras de comportamentos, olhar para os direitos fundamentais para verificar se estão sendo promovidos ou desvalorizados.

Mantendo o olhar fixo na Constituição Federal, sem se desviar dos fins constitucionais, as autoridades constituídas devem seguir alguns caminhos para lançar mão de políticas tributárias de caráter extrafiscal, os quais são apontados abaixo.

O horizonte ideal é que, ao emanar uma política tributária de caráter extrafiscal, as autoridades públicas associem a propiciação do desenvolvimento econômico e social mais a promoção dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

No que tange as bebidas açucaradas, agravar o Imposto sobre Produto Industrializado (IPI), desconstituindo um sistema tributário que hoje é benevolente, seria uma das formas de desestimular o consumo de tais bebidas. Outro caminho, por exemplo, seria a instituição do chamado “*sugar tax*”, ou seja, instituir novos impostos específicos sobre os produtos industrializados. Porém, esse último caminho ainda está longe de ser alcançado, já que, conforme se discorreu ao longo deste trabalho, o Brasil, além de não ter uma tributação mais gravosa para tais produtos, está na contramão do cenário internacional, tendo na verdade uma normatização mais benevolente.

Os exemplos acima são apenas ideias já conhecidas e algumas das formas em que o Direito Tributário pode auxiliar na promoção dos direitos econômicos e sociais e dos direitos fundamentais ao mesmo tempo, mas o arcabouço desse ramo do direito é muito amplo, e várias outras hipóteses poderiam ser pensadas.

No entanto, o importante aqui é ter em mente esse casamento, ou seja, a implementação de políticas tributárias de caráter extrafiscal que ao mesmo tempo propiciem o desenvolvimento econômico e social e a promoção dos direitos fundamentais, no caso do presente trabalho, o direito à saúde.

A hipótese acima é a do dever ser, aquela que deve ser buscada.

Mas também existe uma situação intermediária em que as políticas tributárias de caráter extrafiscal não afrontam o texto constitucional.

Também é possível imaginar a aplicação de políticas tributárias de caráter extrafiscal que, embora não promovam a saúde ou outro direito fundamental, também não contribuem para a promoção de comportamentos que sejam nocivos a tais direitos.

É o caso, por exemplo, de uma remissão fiscal para auxiliar determinados contribuintes a saírem de um momento de crise.

Veja-se que tal prática, embora não esteja contribuindo, ao menos não diretamente, para a indução de comportamentos que promovam os direitos fundamentais, também não está fomentando a prática de atos contrários aos mesmos.

De forma que essa segunda hipótese de utilização das políticas tributárias de caráter extrafiscal também pode ser aplicada pelas autoridades, levando-se em conta a preservação do interesse público.

Por fim, com base em tudo que já foi exposto, a política pública que consiste, na realidade, em um verdadeiro desfavor para a sociedade são as hipóteses em que as políticas tributárias de caráter extrafiscal são aplicadas sob a justificativa de promover o interesse econômico e social, e que na verdade acabam por induzir a população a uma mudança de comportamento que implica a prática de atitudes que são contrárias à promoção dos direitos fundamentais, em especial, no direito fundamental à saúde, já que, conforme vimos, traz consequências catastróficas não apenas para o sistema de saúde pública adotado pela constituição, mas, também, acaba comprometendo os gastos públicos.

É o que acontece, lamentavelmente, em nosso ordenamento jurídico, hoje em dia, no Brasil, com o peculiar regime jurídico estabelecido na Zona Franca de

Manaus, que estabelece uma desoneração tributária para fabricantes de refrigerantes, refrescos e outros do gênero das bebidas açucaradas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício da soberania do Estado, que consequentemente lhe concede o direito de tributar, entre outras prerrogativas, pode caracterizar um instrumento efetivo de atenção às necessidades da sociedade.

O tributo constitui fonte de receita estatal, desencadeando a possibilidade de surgimento de políticas tributárias sob o viés da fiscalidade e da extrafiscalidade, que é capaz de estimular ou não hábitos sociais.

A indispensabilidade de oferecer garantia e proteção especificamente ao direito fundamental à saúde está evidenciado em alguns instrumentos capazes de cumprir esse papel via extrafiscalidade desse bem jurídico. Tal análise é feita e descrita de maneira crítica e dialética, elementos inerentes a esta matéria.

A opção em valorizar os direitos constitucionais fundamentais da Constituição Federal de 1988 teve como consequência, no presente estudo, um maior vínculo com os princípios e mandamentos constitucionais.

A aplicabilidade de regras concretas para a valorização da proteção à saúde, sob o viés da extrafiscalidade, como, por exemplo, isenções e variações de alíquotas, evidenciaram sua influência no comportamento do indivíduo, conforme exemplificado no decorrer do presente debate.

Há também a visualização, por meio da doutrina, da viabilidade da prática extrafiscal no âmbito do direito fundamental à saúde, em que é apresentada a necessidade de tais medidas, utilizando e respeitando sempre os princípios tributários. E, sobretudo, prevalecendo o efeito *erga omnes* para que não haja desigualdades sociais no acesso à saúde.

A densidade normativa do direito fundamental à saúde está evidenciada, tratando-se de verdadeiro direito fundamental social cuja efetivação propicia um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana conforme estampado no artigo 1º, inciso III, do texto constitucional.

Então, se por um lado o Estado tem o Poder/Dever de tributar, por outro, também tem o dever de garantir a todos a existência digna, da qual o direito à saúde é parte integrante.

No caso do direito à saúde, tal comportamento não é apenas desejado, mas também se trata de uma questão de inteligência e estratégia do Estado, já que, conforme demonstrado, os gastos judiciais com a aquisição de medicamentos são grandes, pois o sistema de saúde pública não é capaz de suportar toda a demanda existente, de forma que os cidadãos têm de se valer do poder judiciário para fazerem valer seus direitos à saúde.

Ou seja, se a política tributária for bem pensada, irá induzir a um comportamento que promova a saúde das pessoas, evitando o avanço de doenças como a obesidade e a diabetes.

O presente trabalho iniciou com a arquitetura de construir um raciocínio, que pretendeu demonstrar a densidade normativa e a importância para nossa sociedade do respeito aos pressupostos acima apontados quando da edição da norma tributária extrafiscal.

Assim, procurou-se apontar a Dignidade da Pessoa Humana como tema central, trazendo à baila os direitos fundamentais, sua perspectiva e evolução na seara internacional, denominado direitos humanos, e a necessidade de efetividade social de tais normas.

De forma que a vida digna é aquela em que a população tem acesso à prestação de um serviço de saúde pública de qualidade, que não precisa ficar à mercê de um ativismo judicial para ver efetivados seus direitos.

No decorrer do presente estudo, superada a questão da relação entre a saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana, foi aprofundado o estudo sobre o Direito Tributário, principalmente no que tange a sua atuação extrafiscal, com a emissão de normas indutoras de comportamentos; houve a preocupação com a implementação de outros direitos fundamentais, que, no caso ora estudado, focou principalmente o direito à saúde, embora se tenha tratado, por exemplo, de outros direitos fundamentais, conforme demonstrado com as políticas públicas tributárias de proteção do meio ambiente.

Dentro desta sistemática das normas tributárias indutoras de comportamentos, dois casos restaram destacados em nosso país, que são justamente a questão do consumo do tabaco e das bebidas açucaradas, restando

demonstrado que as políticas públicas, quando envolvem tais produtos, são diametralmente opostas.

No caso do tabaco, o Brasil, além de estabelecer uma política tributária mais rígida, também trabalhou com o auxílio de outros mecanismos, como educação, publicidade e enrijecimento legislativo, o que, por sua vez, propiciou uma queda no consumo do tabaco.

Já no que tange as bebidas açucaradas, não obstante o Brasil tenha assumido, através de compromissos internacionais, adotar uma postura de combate ao consumo de tais bebidas, a política tributária é mais benevolente, com um regime tributário que auxilia toda a cadeia de produção de tais produtos, o que, por sua vez, propiciou uma piora no quadro da saúde pública e no aumento de demandas judiciais nesta seara.

Neste cenário, onde os dados estatísticos demonstram que a população de uma maneira geral pode mudar de comportamento diante de normas tributárias de caráter indutor, diante de um sistema nacional de saúde que não vem tendo condições de atender às necessidades essenciais da população, em face de um Poder Judiciário que cada vez mais é acionado para solver questões de saúde pública, é que se propõe que as políticas tributárias de caráter extrafiscal, através de normas indutoras de comportamento, devam ser pensadas em consonância com a edificação do direito fundamental à saúde.

Assim, as normas tributárias de caráter extrafiscal devem induzir a comportamentos que vão ao encontro da promoção dos direitos fundamentais, em especial o direito fundamental à saúde.

Outra hipótese, esta talvez menos ideal, é a utilização das políticas tributárias que, não obstante não tenham o condão de induzir a comportamentos que promovam os direitos fundamentais, ao menos não toquem esse aspecto, ou seja, se elas não ajudam, ao menos não devem atrapalhar a promoção e preservação do direito à saúde.

Por fim, o comportamento que deve ser combatido são as políticas tributárias que estimulem a população a uma mudança em seu padrão de comportamento apta a propiciar um agravamento na saúde da mesma, como é o caso das normas

tributárias de caráter extrafiscal que contém benefícios para a produção de produtos industrializados, em especial os refrigerantes e outras bebidas açucaradas.

Tais normas devem ser evitadas, já que seu conteúdo não apenas viola o direito fundamental social à saúde, no que tange sua universalidade, igualdade de acesso, redução dos riscos de doenças e ações de promoção, proteção e recuperação, mas também, o princípio da dignidade da pessoa humana, na proteção do valor saúde, que é indissociável para que se possa falar em vida digna.

Sendo assim, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo, ao disporem sobre políticas tributárias de caráter extrafiscal capazes de induzir a população a uma mudança de comportamento, devem observar não apenas a aptidão que a norma ou o programa governamental tem para trazer fomento ao desenvolvimento econômico e social, mas também analisar se, na prática, tal mudança comportamental não implicará danos para a saúde da população, o que seria um desserviço do Estado em face do cidadão.

No futuro, essas pessoas que poderiam desenvolver doenças como a obesidade e outras do gênero, na verdade deixarão de ocupar a “fila” do sistema de saúde nacional, o que representa uma dupla vantagem, pois o Estado, além de colher os frutos imediatos da aplicação da política tributária, também deixará de gastar com despesas relativas à saúde pública.

Claro que a questão não é puramente matemática e que outros fatores podem influenciar no desenvolvimento dessas doenças, mas a análise realizada ao longo do presente trabalho baseou-se na doutrina especializada no tema e, também, realizou-se uma análise objetiva dos dados estatísticos que permitiram chegar a tal conclusão.

Quanto às limitações presentes neste estudo, podemos destacar a relação existente entre o Direito Tributário e a intervenção do Estado na Ordem Econômica e Social, já que se buscou atenção à questão da extrafiscalidade tributária. Outra limitação são as diversas possibilidades das quais o Estado pode se valer na busca de propiciar a mudança de um comportamento social adequado para a promoção da saúde.

A Organização Mundial da Saúde há muito vem recomendando a utilização de políticas fiscais de saúde para combater a obesidade e o excesso de peso, com a

criação de novos tributos que incidam diretamente sobre o consumo de alimentos industrializados, ou ainda o aumento da alíquota dos tributos e que incidam sobre os produtos industrializados.

A questão do regime jurídico tributário das bebidas açucaradas e do desrespeito ao princípio da seletividade e de outras técnicas que vão para além do direito tributário no controle de padrões comportamentais são questão que também podem ser mais bem estudadas e desenvolvidas em um futuro estudo.

Por fim, as impressões do autor são no sentido de que há uma indissociabilidade na relação entre as normas indutoras de direito tributário e a promoção dos direitos fundamentais.

Apesar de o Direito Tributário não ser o único instrumento, parece que é o principal mecanismo de mudança de comportamento social que tem aptidão para a promoção da saúde, levando as pessoas a aderirem a hábitos mais saudáveis ou, ao menos, a não praticarem ações maléficas a sua saúde.

Porém, o Estado parece estar pouco preocupado com as consequências do desrespeito a essa relação entre o direito tributário e a promoção dos direitos fundamentais, lançando políticas públicas que propiciam uma degradação de tais direitos, piorando inclusive o quadro da saúde pública nacional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). **Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade de uma cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 1987.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; LEHFELD, Lucas de Souza. Os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da Emenda Constitucional 45/2004. **Revista dos Tribunais**, v. 95, n. 846, p. 97-112, abr. 2006.

ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 93, 1990.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOEIRA, S. L.; JOHNS, P. Indústria de Tabaco vs. Organização Mundial de Saúde: um confronto histórico entre redes sociais de stakeholders, **Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis**, v. 4, n. 1, p. 1-25, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Fundamentos do IPI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Recomendação nº 21, de 09 de julho de 2017**. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes/2017/Reco021.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Recomendação nº 47, de 24 de julho de 2020**. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1236-recomendacao-n-047-de-24-de-junho-de-2020>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.466, de 24 de agosto de 2011**. Acrescenta arts. 14-A e 14-B à Lei nº 8.08, 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 e dá outras providências”, para dispor sobre as comissões intergestores do Sistema Único de Saúde (SUS), o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e suas respectivas composições, e dar outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12466.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 9 de junho de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos

serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 26 de abr. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9294, de 15 de julho de 1996**. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda e produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do artigo 220 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm. Acesso em: 16 dez. 2020.

BRASILEIRO, Georgina de Paula. O princípio da seletividade e o ICMS incidente sobre energia elétrica. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, n. 57, p. 122-137, jul. 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUFFON, Marciano. A Tributação como instrumento de concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 38, n. 2, p. 555-579, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CALIENDO, Paulo. Limitações constitucionais ao poder com finalidade extrafiscal. **Nomos** - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 33, n. 02, p. 171-206, jul./dez. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Paulo_Caliendo_Velloso_Da_Silveira/publication/336370735_Limitacoes_Constitucionais_ao_Poder_de_Tributar_com_Finalidade_Extrafiscal/links/5d9e435c92851cce3c90f8f7/Limitacoes-Constitucionais-ao-Poder-de-Tributar-com-Finalidade-Extrafiscal.pdf. Acesso em: 23 dez. 2020.

CAMARGO, Juliana Wernek de. **O IPTU como instrumento de atuação urbanística**. Belo Horizonte: Fórum. 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 32, n.2, p. 101-115, jul./dez. 2012. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12126/1/2012_art_dlcavalcante.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação Ambiental e os Aspectos da Extrafiscalidade. In: CARVALHO, Paulo de Barros; SOUZA, Priscila de. (org.). **Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais**. São Paulo: Noeses, v. 1, 2013. p. 1123-1141.

COMPARATO, Flávio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil**: Perfil das demandas, causas e propostas de solução. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 18 set. 2020.

CONVENÇÃO-Quadro de Controle do Tabaco (CQCT). 2003. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/convencao-quadro/arquivos/convencao-quadro-tabaco>. Acesso em: 02 fev. 2021.

COSTA, Ilton Garcia; VEIGA, Fábio da Silva; NOGAS, Matheus. Ubiquidade Constitucional e Direitos Fundamentais. **Revista Relações Internacionais no Mundo Atual**, Curitiba/PR, v. 4, n. 25, out./dez. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v4i25.4022/>. Acesso em: 13 out. 2020.

COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a Tributação Ambiental no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 321-332.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; ROMERO, Luiz Carlos. A saúde precisa de juízes epidemiologistas! **Saúde em Debate**, São José do Rio Preto, São Paulo, v. 33, n. 81, p. 80-87, 01 abr. 2009.

DIAS, Juliana. Relatório da OMS sobre tabaco destaca Brasil. **FIOCRUZ**. Rio de Janeiro, 30 jul. 2019. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/relatorio-da-oms-sobre-tabaco-destaca-brasil>. Acesso em: 15 dez. 2020.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ, Roberto. Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 333-335.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FORÇA-TAREFA DE POLÍTICA FISCAL DE SAÚDE. **Impostos a favor da saúde para salvar vidas**: Adoção de eficazes impostos sobre consumo de tabaco, álcool, e bebidas açucaradas. Abril de 2019. Disponível em: <https://www.bloomberg.org/program/public-health/taskforce-tax-policy-health/>. Acesso em: 15 dez. 2020.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, n. 21. p. 211-260, jun. 2000. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89>. Acesso em: 21 maio 2020.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 49, jan. 2008. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4182&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 01 abr. 2020.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no Direito Tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **A Constituição Concretizada**: Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

LANNES, Yuri Nathan da Costa; CARMO, Valter Moura do. Questões filosóficas da convenção-quadro para controle do tabaco. **Filosofia do Direito Hoje**: temas atuais. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2019. p. 178-192. (LEFIS series; 27). Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Vol-27-filosofia-arte-biodireito-e-pesquisa-juridica.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

LOPES, José Reinaldo Lima. Em torno da Reserva do Possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Beletti (org.). **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. 2ª Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 173-193.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito tributário e financeiro**: 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARQUES, Onofre Ricardo de Almeida; MELO, Marilene Barros de; SANTOS, Alessandra Patrícia de Souza. Ações judiciais no âmbito do Sistema Único de Saúde do Brasil, bases legais e implicações: um estudo de caso em um tribunal da Região Sudeste. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 12, n. 1, jun. 2011. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v12i1p41-66>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13236>. Acesso em: 17 fev. 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Sistema Regional Europeu de proteção dos Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 71, p. 345-374, abr./jun. 2010.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. São Paulo: Podivm, 2008.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: teoria e prática**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MINARDI, Josiane. **Direito tributário**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação Ambiental: A função do tributo na proteção do meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES, Cleucio Santos. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005.

OLIVEIRA, Almir. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. **Convenção Americana dos Direitos Humanos ("Pacto de San José da Costa Rica")**, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Plano de ação para a prevenção da obesidade em crianças e adolescentes**. Washington, DC: OPAS, 2014. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/images/stories/UTFGCV/planofactionchildobesity-por.pdf?ua=1>. Acesso em: 18 dez. 2020.

PAIVA, Leila. **Disciplina jurídica da extrafiscalidade**. 1994, 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

PAES, Nelson Leitão. Uma análise ampla da tributação de cigarros no Brasil. **Revista Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, v. 48, p.13-30, jun. 2016.

Disponível em:

http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7989/1/ppp_n48_análise.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAYÃO, Jordana Viana; RIBEIRO, Maria de Fátima. A extrafiscalidade tributária como instrumento de proteção ambiental. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 3, p.276-310, dez. 2016.

PAZ, Anderson Barbosa; MENELAU, Gabriel Feliz. Efetividade do Direito à Saúde em um Estado de Direito. Governança e Direitos Fundamentais. Revisando o debate entre o público e o privado. **Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBERUJUR**. Porto/Portugal, 2020.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **IPTU, Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

PEREDA, P.; GARCIA, C. P. Price impact of taxes on sugary drinks in Brazil. **Econ Hum Biol**. 2020 Dec.; 39:100898. DOI: 10.1016/j.ehb.2020.100898. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32622931/>. Acesso em: 20 dez. 2020.

PEREIRA, Januária Ramos *et al.* Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, 2010.

PINTO, M.; BARDACH, A.; PALACIOS, A.; BIZ, A.; ALCARAZ, A.; RODRÍGUEZ, B.; AUGUSYOVSKI, F.; PICHON-RIVIERE, A. **Carga de doença atribuível ao uso do tabaco no Brasil e potencial impacto do aumento de preços por meio de impostos**. Documento técnico IECS N° 21. Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria, Buenos Aires, Argentina. Maio de 2017. Disponível em: www.iecs.org.ar/tabaco. Acesso em: 17 dez. 2020.

PIMENTA, Daniel. Os Limites da Extrafiscalidade em Face das Relações e do Comércio Internacional. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário RDIET**, Brasília, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/6786>. Acesso em: 23 dez. 2020.

QUEIROZ, Clayton dos Santos; RIBEIRO, Maria de Fátima. A tributação extrafiscal aplicada às taxas por meio da utilização do princípio da capacidade contributiva. **Cadernos de Direito Actual**, v. 13, n. 01, p. 313-327. 2020. Disponível em:

<http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/512>. Acesso em: 20 dez. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECEITA FEDERAL. Análise da tributação do setor de refrigerantes e outras bebidas açucaradas. Ministério da Fazenda, 18 dez. 2020. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/sobre/acoes-e-programas/simplificacao-tributaria/operacao-deflagrada/arquivos-e-imagens/nota.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2020.

REIS, Henrique Marcello dos. **Resumo Jurídico de Direito Internacional Público e Privado**, v. 20. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REIS, Marcelo Moreno dos (coord.) **Guia para o profissional do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária: controle de produtos derivados do tabaco**. Coordenado por Marcelo Moreno dos Reis e Silvana Rubano Turci. Rio de Janeiro, RJ: Educação a Distância da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/tabaco/guia-para-o-profissional-do-snvs-controle-de-produtos-derivados-do-tabaco.pdf>. Acesso em 16 dez. 2020.

RIBEIRO, Maria de Fátima; PAIANO, Daniela Braga; CARDOSO, Sérgio. Tributação Ambiental no Desenvolvimento Econômico: Considerações sobre a Função Social do Tributo. **IDTL**, 2005. Disponível em: https://www.diritto.it/pdf_archive/26102.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

RIBEIRO, Maria de Fátima; GESTEIRO, Natália Paludetto. A incidência tributária ambiental no desenvolvimento econômico sustentável e a função social do tributo. In: RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). **Direito tributário e segurança jurídica**. São Paulo: MP, 2008. p. 171-192.

RITTNER, Daniel. Guedes avalia 'imposto do pecado' sobre cigarros, bebidas e produtos com açúcar. **Valor Econômico**. 23 de jan. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/01/23/guedes-avalia-imposto-do-pecado-sobre-cigarros-bebidas-e-produtos-com-acar.ghtml>. Acesso em: 20 dez. 2020.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Ltr, 1999.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras em matéria ambiental. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 235-256.

SCHULZE, Clenio Jair. **Judicialização da saúde em números**. JOTA info. 03 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/judicializacao-da-saude-em-numeros-03112020#sdfootnote2sym>. Acesso em: 09 dez. 2020.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Maria Stela Campos da. **Incentivos Tributários como Política Extrafiscal Afirmativa do Acesso à Saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-45, jul. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso em: 03 abr. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TEIXEIRA, E. C. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. **AATR-BA**, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 02 maio 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRENTIN, Lorivan Antônio Fontoura. **A Importância do Constitucionalismo na Realização dos Direitos Fundamentais**. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Unisinos, Porto Alegre, 2003.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 13-31, 01 nov. 2010/fev. 2011. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220/15034>. Acesso em: 12 abr. 2020.

VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2020.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.