

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Tese de Doutorado

**A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO PRESTACIONAL À SAÚDE E OS
CRITÉRIOS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Hector Cury Soares

**Porto Alegre,
2014.**

HECTOR CURY SOARES

**A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO PRESTACIONAL À SAÚDE E OS
CRITÉRIOS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito Público, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Bergmann Ávila

Porto Alegre,

2014.

CIP - Catalogação na Publicação

Cury Soares, Hector

A justiciabilidade do direito prestacional à saúde e os critérios para o controle jurisdicional à luz da Constituição Federal de 1988 / Hector Cury Soares. -- 2014.

229 f.

Orientador: Humberto Bergmann Ávila.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2014.

1. direito à saúde. 2. políticas públicas. 3. controle jurisdicional. I. Bergmann Ávila, Humberto, orient. II. Título.

À Gabrielle, esposa, amiga e companheira de lutas,

pelo exemplo que és; com muito amor.

À Helena que do “eu” e do “tu” fez-se “nós” e tornou-se ela

pelo apoio ao papai durante a “tesis”.

“Grau, teurer Freund, ist alle Theorie
Und grün des Lebens goldner Baum.”

“Gris, caro amigo, é toda teoria.

E verde a áurea árvore da vida.”

GOETHE, Johann Wolfgang von. **Fausto: uma tragédia – primeira parte [Der Faust: eine tragödie – Erster Teil]**. Edição bilíngue. São Paulo: Editora 34, 2007. p. 194-195.

AGRADECIMENTOS

Ingressei na Universidade em 2002, então como estudante de Direito na UFPel. De lá para cá, passaram-se quase 13 anos e tenho certeza, neste pequeno trecho que escrevo em primeira pessoa, que todos os agradecimentos que possam ser feitos aqui não serão, nem um pouco, proporcionais à generosidade e ao apoio que recebi de tantas pessoas nesse período. Agradeço sempre a todos e a todas que conheci nesta longa convivência e que certamente são parte desta tese e parte, por certo de minha vida.

Nomino e agradeço àqueles que participaram diretamente do processo de elaboração da pesquisa:

À minha esposa Gabrielle e à minha filha Helena por todo amor e apoio incondicional nesta empreitada;

Aos meus pais, Ademir e Ieda, e ao meu irmão Alessandro pelo amor e ensinamentos que levarei para sempre;

Aos meus amigos, muitos deles distantes, mas que sempre foram gentis e sábios, cada um em seu momento: Matheus Mattos (e a toda sua família), Guilherme Massaú, Rodrigo Benetti, Flávio Lira, Julio Mattos, Delmar Junior (e família), Thiago Salvador, Rafael Odonai, Éder Dion, Felipe Furlan (*in memoriam*), Francisco Quintanilha, Alexandre Melo e Paulo Opuszka;

Aos meus colegas de trabalho: Ricardo Severo, Humberto Rocha e Daniela Benetti;

Aos meus professores, que sempre o serão: Pedro Moacyr, Carlos André, Têmis Limberger, Deisy Ventura, Itiberê Rodrigues, Rafael Maffini e Almiro do Couto e Silva;

Ao meu orientador, Prof. Dr. Humberto Bergmann Ávila pelo apoio, pelo crédito e pelo encorajamento; também, ao meu co-orientador na Universidade de Coimbra, Prof. Dr. José Carlos Vieira de Andrade;

À Universidade Federal do Pampa, pelo apoio institucional.

À equipe do PPGD-UFRGS, especialmente à Rose;

À Coordenação do PPGD- UFRGS;

À CAPES pela bolsa.

RESUMO

Esta tese objetiva determinar critérios para o controle jurisdicional do direito prestacional à saúde com base na Constituição Federal de 1988. Para tanto, parte de duas premissas: a) a Constituição Federal de 1988 garante exigibilidade do direito à saúde; b) o Orçamento Público, disponível para a realização de despesas para a efetivação dos direitos sociais, é limitado. Assim, em caso de controle judicial, são necessários critérios que assegurem o acesso às prestações em saúde, de forma universal e igualitária, sem, com isto, comprometer as políticas públicas de saúde. Além disso, os critérios para a intervenção estão em consonância com o sentido preconizado pelo princípio da separação dos poderes e o princípio democrático, não havendo, desta forma, comprometimento das funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo. Com base nisto, o primeiro capítulo da tese dedica-se a apresentar os fundamentos materiais e formais que autorizam a exigibilidade do direito à saúde, delimitando a sua eficácia jurídica. O segundo capítulo trata dos custos dos direitos sociais e a necessidade de limitações nas prestações em prol da sustentabilidade do Estado. Por fim, são expostos os critérios ao controle jurisdicional, divididos em dois grupos: os imediatamente exigíveis (aplicáveis) e os mediamente exigíveis (aplicáveis).

Palavras-chave: direito à saúde; justiciabilidade; orçamento público; controle judicial; critérios.

ABSTRACT

This doctoral dissertation seeks to determine objective criteria for the jurisdictional control of the right to health care based on the 1988 Federal Constitution. Thus, it stems from two assumptions: a) the 1988 Federal Constitution ensures the enforceability of the right to health care; b) the public budget, available for the expenditure to implement social rights, is limited. Therefore, in case of judicial control, criteria are needed to ensure access to health services in a universal and egalitarian way without compromising public health policies. In addition, the criteria for intervention are in accordance with the direction advocated by the principle of the separation of powers and the democratic principle, hence not jeopardizing the typical functions of the Legislative and the Executive Powers. Thus, the first chapter of the dissertation is dedicated to presenting the material and formal foundations that allow the enforceability of the right to health marking out its legal effectiveness. The second chapter covers the costs of social rights and the need for curtailing benefits for the sustainability of the State. Finally, the criteria for jurisdictional control are presented and divided into two groups: the immediately enforceable (applicable) and the non-immediately enforceable (applicable).

Key-words: right to health care; judicial enforceability; public budget; judicial control; criteria.

RESUMEN

Esta tesis tiene por objetivo determinar los criterios para el control jurisdiccional del derecho prestacional a la salud en base a la Constitución Federal de 1988. Se levantan dos premisas: a) la Constitución Federal de 1988 garantiza la exigibilidad del derecho a la salud; b) el Presupuesto Público, disponible para la realización efectiva de los derechos sociales, es limitado. Así, bajo el control judicial, son necesarios criterios que aseguren el acceso a los servicios de salud, de forma universal e igualitaria sin que, con eso, se comprometan las políticas públicas de salud. Además, los criterios para la intervención están de acuerdo con el sentido recomendado por el principio de la separación de los poderes y el principio democrático, no habiendo de esta manera, el comprometimiento de las funciones específicas de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Con esta base, el primer capítulo de la tesis presenta los fundamentos materiales y formales que autorizan la exigibilidad del derecho a la salud, señalando los límites de su eficacia jurídica. El segundo capítulo trata de los costos de los derechos sociales y de la necesidad de imponer límites a las prestaciones en favor de la sostenibilidad del Estado. Finalmente, son expuestos los criterios al control jurisdiccional, divididos en dos grupos: los inmediatamente exigibles (aplicables) y los mediatamente exigibles (aplicables).

Palabras-clave: derecho a la salud; justiciabilidad; finanzas públicas; control judicial; criterios.

LISTA DE ABREVIATURAS

- AIS** – Ações Integradas de Saúde
- ANSS** – Agência Nacional de Saúde Suplementar
- ANVISA** – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
- CF/88** – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- CIB** – Comissão Intergestora Bipartite
- CES** – Conselho Estadual de Saúde
- CMS** – Conselho Municipal de Saúde
- CNS** - Conselho Nacional de Saúde
- CNRS** – Comissão Nacional de Reforma Sanitária
- CONASEMS** – Conselho Nacional dos Secretários de Saúde
- CONASS** – Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde
- CPMF** – Contribuição Provisória sobre Circulação Financeira
- CREMERS** – Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul
- CRS** – Coordenadoria Regional de Saúde
- CIT** – Comissão Intergestora Tripartite
- DNSP** – Departamento Nacional de Saúde Pública
- EC** – Emenda Constitucional
- FENAESS** – Federação Nacional de Estabelecimentos de Serviços de Saúde
- FNS** – Fundo Nacional de Saúde
- INAMPS** – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
- INPS** – Instituto Nacional de Previdência Social
- LDO** – Lei de Diretrizes Orçamentárias
- LOA** – Lei Orçamentária Anual
- LOS** – Lei Orgânica da Saúde
- MS** – Ministério da Saúde
- NOB** – Norma Operacional Básica
- NOAS** – Norma Operacional da Assistência à Saúde
- OMS** – Organização Mundial da Saúde
- OPAS** – Organização Pan-Americana de Saúde
- PIDESC** – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PPA – Plano Plurianual

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

LISTA DE TABELAS

Tabela n.º 1 - Relação entre Dotação e valor Executado na LOA, conforme exercício financeiro (2011-2013)	96
Tabela n.º 2 – Argumentos expostos na Audiência Pública n.º 4 do STF (2009).....	196
Tabela n.º 3 – Decisões da Presidência do STF (2009-2014).....	200
Tabela n.º 4 – Decisões Monocráticas do STF (2009-2014).....	204
Tabela n.º 5 - Decisões Colegiadas do STF (2009-2014).....	215
Tabela n.º 6 - Decisões do STJ (2009-2014).....	223

Sumário

1 INTRODUÇÃO	16
1.1 Objeto e importância.....	17
1.2 Método.....	19
1.3 Plano	20
2 A EXIGIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	22
2.1 Considerações preliminares	22
2.2 Fundamentos dogmático-materiais da exigibilidade do direito à saúde	23
2.2.1 Direito à saúde como direito fundamental	23
2.2.2 A aplicabilidade imediata do direito à saúde	28
2.2.3 A dimensão subjetiva do direito à saúde.....	35
2.2.4 A titularidade do direito à saúde	42
2.2.5 A dimensão objetiva do direito à saúde	49
2.2.6 O direito prestacional à saúde como política pública de saúde.....	54
2.3 Fundamentos dogmático-formais da exigibilidade do direito à saúde	61
2.3.1 A inafastabilidade da tutela jurisdicional	61
2.3.2 A justiciabilidade do direito à saúde e o princípio da separação dos poderes	66
2.4 Conclusões parciais.....	71
3 OS REFLEXOS ORÇAMENTÁRIOS DA EXIGIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	73
3.1 Considerações preliminares	73

3.2 Alocação de recursos para a efetivação do direito prestacional à saúde.....	75
3.2.2 As decisões orçamentárias como forma de implementação do direito à saúde	75
3.2.3 Escassez dos recursos financeiros	80
3.3 Autorização e vinculação orçamentária do direito à saúde.....	87
3.3.1 A previsão de gastos obrigatórios na saúde	88
3.3.2 A autorização de despesa para prestações em saúde.....	93
3.3.3 Orçamento Impositivo como a solução para a escassez.....	99
3.3.4 O alcance do controle judicial do orçamento	101
3.4 Impacto orçamentário das decisões judiciais (<i>efeito multiplicador</i>).....	104
3.5 O alcance do acesso universal e igualitário do direito à saúde diante do Orçamento Público	109
3.5.1 O significado do acesso universal	109
3.5.2 O significado do acesso igualitário	115
3.5 Conclusões Parciais	120
4 CRITÉRIOS PARA A INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NA EXIGIBILIDADE DO DIREITO PRESTACIONAL À SAÚDE.....	122
4.1 Considerações preliminares	122
4.2 Critérios de exigibilidade imediata	124
4.2.1 Omissão absoluta (total) em matéria de políticas públicas de saúde	124
4.2.2 Não cumprimento de prestações previstas em políticas públicas de saúde.....	130
4.3 Critérios de exigibilidade mediata	135
4.3.1 Prestações alternativas (omissão parcial).....	136
4.3.1.1 Aplicação de juízo técnico	136
4.3.1.2 Aplicação do Mínimo Existencial	141

4.3.1.3 Aplicação da Reserva do Possível.....	148
4.3.2 Alteração das prestações estatais.....	157
4.3.2.1 Aplicação da obrigação de progressividade das prestações	157
4.4 Conclusões parciais.....	163
5 CONCLUSÕES.....	164
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174
ANEXO I – ARGUMENTOS EXPOSTOS NA AUDIÊNCIA PÚBLICA N.º 4/2009 DO STF.....	197
ANEXO II – ARGUMENTOS EXPOSTOS EM DECISÕES DA PRESIDÊNCIA DO STF (2009-2014).....	201
ANEXO III – ARGUMENTOS EXPOSTOS EM DECISÕES MONOCRÁTICAS DO STF (2009-2014).....	205
ANEXO IV – ARGUMENTOS EXPOSTOS EM DECISÕES COLEGIADAS DO STF (2009-2014)	216
ANEXO V – ARGUMENTOS EXPOSTOS EM DECISÕES DO STJ (2009-2014).....	224

1 INTRODUÇÃO

“Sísifo, o mais solerte e audacioso dos mortais, conseguiu por duas vezes livrar-se da Morte. Quando Zeus raptou Egina, filha do rio Asopo, foi visto por Sísifo, que, em troca de uma fonte concedida pelo deus-rio, contou-lhe que o raptor da filha fora o Olímpico. Este, imediatamente, enviou-lhe Tânatos, mas o astuto Sísifo enleou-o de tal maneira, que conseguiu encadeá-lo. Como não morresse mais ninguém, e o rico e sombrio reino do Hades estivesse se empobrecendo, a uma queixa de Plutão, Zeus interveio e libertou Tânatos, cuja primeira vítima foi Sísifo. O solerte rei de Corinto, no entanto, antes de morrer, pediu à mulher que não lhe prestasse as devidas honras fúnebres. Chegando ao Hades sem o “revestimento” habitual, isto é, sem ser um *eídolon*, Plutão perguntou-lhe o motivo de tamanho sacrilégio. O esperto filho de Éolo mentirosamente culpou a esposa de impiedade e, à força de súplicas, conseguiu permissão para voltar rapidamente à terra, a fim de castigar severamente a companheira.

Uma vez em seu reino, o rei de Corinto não mais se preocupou em cumprir a palavra empenhada com Plutão e deixou-se ficar, vivendo até avançada idade. Um dia, porém, Tânatos veio buscá-lo em definitivo e os deuses o castigaram impiedosamente, condenando-o a rolar um bloco de pedra montanha acima. Mal chegado ao cume, o bloco rola montanha abaixo, puxado por seu próprio peso. Sísifo recomeça a tarefa, que há de durar para sempre.”¹

¹ BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Vol I, Petrópolis: Vozes, 2009. p. 238.

1.1 Objeto e importância

Compreender e estabelecer critérios objetivos para o controle judicial do direito prestacional à saúde é tema recorrente no âmbito da dogmática constitucional². No entanto, assim como a citação acima, acerca do mito de Sísifo, tão logo chegamos ao cume, o bloco que levamos não se sustenta e rola abaixo. Assim tem sido com os critérios para o controle judicial do direito prestacional à saúde: tão logo estabelecidos, não se sustentam. O que pretendemos é estabelecer critérios sustentáveis, baseados na leitura jurisprudencial e doutrinária desse direito.

O controle judicial do direito prestacional à saúde se movimenta dentre diversos aspectos que vão da teoria dos direitos fundamentais até democracia deliberativa, dogmática constitucional, teoria dos custos dos direitos fundamentais, filosofia do direito, ciência política e filosofia política. Isto porque trata da limitação da atuação do Poder Judiciário em relação às escolhas político-legislativas dos Poderes Legislativo e Executivo e, em nenhum desses ramos, há uma resposta inequívoca acerca dos limites de atuação de cada um dos Poderes para além de suas funções típicas.

O Legislador Constituinte brasileiro optou pela inserção dos direitos sociais no corpo da CF/88, destinando-lhes o regime jurídico da aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º). Assim, direciona aos poderes públicos a criação de condições de vida dignas para as pessoas necessitadas, sendo assegurada a justiciabilidade dos direitos sociais em caso de não cumprimento dessa cláusula. O direito prestacional à saúde é não somente abarcado por esse regime (art. 6º), como possui uma regulação específica, a qual estabelece as bases para a sua implementação (art. 196 e seguintes).

O Brasil possui pesadíssima herança histórica de desigualdade econômica e exclusão social. As políticas públicas de saúde não necessariamente atendem aos indivíduos e às suas

² Amplamente: JUNIOR, Osvaldo Canela. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. PENNA, Saulo Versiani. **O Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2011. DIAS, Maria Tereza Fonseca; ESTEVES, Júlio César dos Santos; FORTINI, Cristiana (orgs.). **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Forum, 2008. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Forum, 2009. BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade; finalidade; eficiência; resultados**. Belo Horizonte: Forum, 2008. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Forum, 2011. COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, Competição e Políticas Públicas. **Lua Nova**, São Paulo, n.º 65, p. 95-135, 2005. FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. **Revista Interesse Público**, vol. 44, jul./ago. 2007, p. 27-66.

necessidades, ou, por vezes, atendem-nos de forma ineficiente ou são omissas. Não raro, encontramos notícias nas mídias sociais que veiculam informações acerca da saúde e cobram do Poder Público uma resposta em termos de efetivação do direito prestacional à saúde. Para que haja a concretização desse direito, tem-se demandado um Poder Judiciário mais responsivo às demandas sociais³. Em que pese o contexto histórico-social, o Judiciário deve atuar dentro de limites e de critérios constitucionalmente estabelecidos, os quais permitam uma atuação que não exceda a sua própria função.

Como instituição, o Poder Judiciário e, no centro desse fenômeno, o STF tornam-se os bastiões da defesa dos direitos contra a opressão majoritária dos outros Poderes, convertendo-se numa representação raramente mundana⁴. Diante disso, propomos a elaboração de critérios à judicialização do direito à saúde, considerando o equilíbrio entre a garantia à justiciabilidade desse direito e o Orçamento Público destinado ao mesmo.

No Brasil, o tema ganha relevância se contabilizarmos a realização da Audiência Pública n.º 4/09 no STF (Anexo I), que tratou dos limites à intervenção do Judiciário. Além disso, há um extenso rol de decisões do STF e do STJ (Anexos II a V)⁵. Ademais, Cortes Constitucionais, como da Argentina e da Colômbia, também questionam o seu próprio papel em face de um ativismo em prol dos direitos sociais. Além-mar, a Corte Constitucional Sul-Africana tem apresentado posições de vanguarda quando a questão são os limites da atuação do Poder Judiciário em relação aos direitos fundamentais sociais em sentido estrito, como saúde e moradia; recentemente, o Tribunal Constitucional Português decidiu acerca de um mínimo existencial em termos de promoção da seguridade social⁶.

Doutrinariamente, não são poucas as tentativas. Na maioria delas, o tema circula entre o maximalismo da previsão constitucional do art. 196 da CF/88, isto é, uma espécie de ativismo ilimitado do Poder Judiciário, ou garantismo social ilimitado, e um minimalismo baseado, principalmente, nas restrições orçamentárias do Estado e nos custos que geram os direitos sociais. Entendemos que a resposta a essa dicotomia está na avaliação real da justiciabilidade do direito prestacional à saúde (material e formalmente), no exame das

³ CAMPANTE, Rubens Goyatá. Direitos Sociais e Justiça. In: AVRITZER, Leonardo (orgs.). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 379

⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford, 2013 (versão em kindle). pos. 123. O livro, por ser na versão e-book (kindle) e ter prevista para 2014 o lançamento da versão impressa não conta com numeração de página.

⁵ A pesquisa jurisprudencial compreende o período entre 2009 e 2014 para analisar os efeitos da Audiência Pública n.º 4/09. A base de dados consultada foram os sítios do STF e STJ. Os termos consultados foram “políticas e públicas e saúde”. Foram pesquisadas decisões da presidência, decisões monocráticas e decisões colegiadas do STF, além de decisões colegiadas do STJ.

⁶ PORTUGAL. **Tribunal Constitucional Português**. Acórdão n.º 509/02.

questões orçamentárias a partir de dados e documentos que permitam expor a verdadeira dimensão do Orçamento Público na efetivação das políticas públicas de saúde e no estabelecimento de critérios objetivos.

1.2 Método

A abordagem metodológica que pretendemos neste trabalho é a analítica, tendo, essencialmente, um enfoque dogmático. Esse enfoque impõe a necessidade de estudarmos a justiciabilidade do direito prestacional à saúde a partir da CF/88 sob três dimensões⁷.

Na primeira dimensão, o foco será a análise dos conceitos básicos e mais elementares no tocante ao objeto de pesquisa. Procuramos construir e desconstruir os argumentos conceituais a partir do regime jurídico previsto aos direitos fundamentais sociais e como deve ser interpretada a aplicabilidade do direito prestacional à saúde e sua relação com as políticas públicas de saúde. Além disso, merece atenção a dimensão dogmática da sua realização, interpretando o art. 5º, inc. XXXV e o art. 2 da CF/88. Há, por fim, a exploração dos reflexos orçamentários do direito prestacional à saúde, ou como a interpretação de sua justiciabilidade deve (pode) refletir no Orçamento Público.

O estudo da justiciabilidade do direito prestacional à saúde pressupõe a investigação de problemas referentes à teoria dos direitos fundamentais, à teoria dos custos dos direitos, ao Direito Constitucional, ao Direito Administrativo, ao Direito Financeiro e ao Direito Processual. Da teoria dos direitos fundamentais, necessitamos compreender a estrutura do direito prestacional à saúde, bem como sua aplicabilidade e dimensões coletiva e individual. O Direito Constitucional é abordado porque trata da função de um dos Poderes do Estado, dos princípios fundamentais e dos direitos fundamentais sociais. O Direito Administrativo é explorado nas questões relativas à discricionariedade administrativa no âmbito das políticas públicas de saúde. A teoria dos custos dos direitos, pelos custos gerados pela efetivação dos direitos fundamentais e a pertinência da relação com escolhas políticas realizadas pelo Poder Judiciário. O Direito Financeiro, em função do Orçamento da Saúde Pública no Brasil e seu grau de vinculação. E, por fim, o Direito Processual, pela espécie de demanda coletiva ou individual promovida para o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde.

⁷ Sobre o enfoque dogmático: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30-32. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 14-16. ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 2002. p. 11.

Na segunda, a pesquisa contém uma dimensão empírica, baseada, principalmente, nas decisões do STF e do STJ em relação à justiciabilidade do direito prestacional à saúde, além do exame de documentos referentes à Lei Orçamentária Anual brasileira, pontos cuja influência fica evidenciada, principalmente, no último capítulo com a definição dos critérios de controle. Ademais, experiências das Cortes Constitucionais da Argentina, da Colômbia e da África do Sul, além do Tribunal Constitucional Português, na exigibilidade dos direitos fundamentais sociais são examinadas na pesquisa.

Na terceira, será proposta a dimensão normativa, que corresponde a apresentar os critérios para a justiciabilidade do direito prestacional à saúde com base na CF/88, isto é, fornecer uma resposta adequada ao problema que esta pesquisa pretende responder.

1.3 Plano

Com base na abordagem metodológica escolhida, a pesquisa está dividida em três partes, sendo que o núcleo da tese encontra-se na terceira.

Na primeira parte, é examinada a exigibilidade do direito prestacional à saúde na ordem constitucional brasileira a partir dos fundamentos dogmáticos do direito à saúde, tanto materiais quanto formais, com base na CF/88. Assim, a materialidade apresenta-se na verificação do caráter fundamental do direito à saúde e do regime jurídico da aplicabilidade imediata, o que comprova a possibilidade de exigir do Estado prestações em matéria de saúde. Além disso, são estudadas as dimensões subjetiva e objetiva e a titularidade do direito à saúde, apresentando todos os elementos materiais suficientes à justiciabilidade desse direito. Ainda será apresentada a relação entre o direito prestacional à saúde e em que medida isso representa maior grau de discricionariedade à Administração Pública.

Em relação aos fundamentos dogmático-formais, focaremos dois aspectos constitucionais: a possibilidade de ingresso em juízo, em caso de ameaça ou lesão a direito (art. 5º, inc. XXXV da CF/88), e o não descumprimento do estado de coisas a serem realizadas pelo princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) se, excepcionalmente, houver a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas.

Na segunda parte, optamos por tratar dos reflexos orçamentários da justiciabilidade do direito prestacional à saúde. Isto porque se, de um lado, há os argumentos maximalistas – de irrestrita realização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário –, de outro lado há argumentos que se referem à impossibilidade financeira do Estado em atender a todos os direitos

fundamentais, se ilimitados na sua exigibilidade. Para tanto, estudaremos como a alocação de recursos financeiros é essencial para a concretização dos direitos fundamentais (como um todo) e do direito prestacional à saúde, especificamente. Apresentaremos um panorama em que as decisões orçamentárias representam uma forma de realização do direito à saúde, pois, de fato, não há como o Estado atender a todos – se considerados todos individualmente. Portanto, demonstraremos que, pelas características próprias da saúde e por seu regime jurídico, há escassez de recursos.

A partir disso, estudaremos as vinculações em matéria de direito à saúde que, apesar das autorizações, são significativas, porém ainda aquém de solucionar a escassez de recursos na saúde pública, voltada a atender universalmente e integralmente aos indivíduos. Inclusive, serão abordadas propostas de orçamento impositivo para a saúde. Ademais, trataremos do efeito multiplicador das decisões judiciais se adotada uma simplificação maximalista do direito prestacional à saúde. Por fim, tentaremos redimensionar os efeitos orçamentários como uma forma de ressignificar o acesso universal e igualitário, sob uma perspectiva em consonância com a característica primordial das políticas públicas: a sua generalidade.

Na terceira parte, como núcleo da pesquisa, apresentaremos os critérios para a justiciabilidade do direito prestacional à saúde, considerando: o seu regime jurídico, os reflexos orçamentários da sua efetividade e a construção do significado constitucional desse direito capaz de estabelecer critérios para o controle judicial. Dessa maneira, serão estudados critérios imediatamente aplicáveis, em que a prestação apresenta-se como uma regra, e critérios mediatemente aplicáveis, os quais necessitam uma ponderação por parte do julgador de acordo com as características da demanda.

Ao fim, com este plano, esperamos que esta pesquisa alcance seu objetivo de estabelecer critérios que possibilitem a concretização do direito prestacional à saúde no sentido preconizado e positivado pelo art. 196 da CF/88, sem, com isto, incorrerem na violação do princípio da separação dos poderes.

2 A EXIGIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

“A dor e o sofrimento humanos provocados pela miséria e privação não se resolvem com uma deserção do Estado, embora não se solucionem pondo no Estado todo o enlevo e toda a esperança”⁸

2.1 Considerações preliminares

Pretendemos, com o primeiro capítulo, responder à seguinte questão: é possível controlarmos judicialmente o direito prestacional à saúde à luz da CF/88? Necessitamos, para tanto, demonstrar a justiciabilidade (exigibilidade) do direito à saúde.

Assim, o capítulo está dividido em duas partes: na primeira, apresentaremos os fundamentos materiais da exigibilidade do direito à saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira⁹. Analisaremos as principais premissas para fundamentar a justiciabilidade, que são a compreensão do direito à saúde como direito fundamental, a sua aplicabilidade imediata na ordem jurídico-constitucional e a existência de obrigações do Estado e de titulares ao direito à saúde.

Na segunda, analisaremos os fundamentos formais da exigibilidade do direito à saúde à luz da CF/88. Estudaremos os dois argumentos mais invocados, formalmente, para a exigibilidade do direito à saúde: o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV) e o princípio da separação dos poderes (art. 2º)¹⁰.

⁸ LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** Coimbra: Coimbra, 2010. p. 11

⁹ Sobre a luta pela justiciabilidade dos direitos sociais e principais argumentos apontados para a sua exigibilidade e até mesmo inexigibilidade, precisamos referir a artigo do Prof. Dr. Cláudio Ari Mello. MELLO, Cláudio. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). **O Desafio dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 124-130.

¹⁰ Ambos dispositivos da CF/88. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 01.12.13.

Ao fim, restará demonstrada a plausibilidade, sob a ótica constitucional, da exigibilidade (justiciabilidade) do direito à saúde, inclusive em relação às prestações estatais em matéria de saúde ou direito prestacional à saúde.

2.2 Fundamentos dogmático-materiais da exigibilidade do direito à saúde

2.2.1 Direito à saúde como direito fundamental

Os direitos fundamentais não possuem um acordo semântico na CF/88 – pois são utilizadas expressões como “direitos humanos” (art. 4º, inc. II), “direitos e garantias fundamentais”, “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, inc. LXXI) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, par. quarto, inc. IV) – no entanto, adotamos a expressão “direitos fundamentais” como gênero e entendemos que essa denominação é devida ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito¹¹. Ou, como define Alexy, “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”¹².

A compreensão dos direitos sociais como direito fundamental é fruto da perda de exclusividade dessa condição aos direitos inalienáveis do homem, pré e supraestatais, para acolher a escolha democrática, positiva, livre e diferenciada de cada Constituição¹³. O alargamento da fundamentalidade aos direitos sociais foi uma resposta do Estado à questão social herdada da revolução industrial e aos movimentos operários¹⁴.

Como direitos fundamentais, os direitos sociais são direitos com alto grau de importância. A diferença reside em que se tratam de direitos a prestações em sentido estrito. Dito de outra forma, direitos a prestações fáticas do Estado¹⁵, como é o caso do direito à saúde¹⁶.

¹¹ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2007. p. 47.

¹² “posições tão importantes que a sua outorga não pode ficar nas mãos de maiorias parlamentares”. V. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 432.

¹³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 69.

¹⁴ Ibidem, p.69.

¹⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004. p. 19.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 15.

Na CF/88 os direitos sociais são expressamente considerados direitos fundamentais no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”¹⁷. Dentre os direitos sociais, encontramos o direito à saúde no art. 6º da CF/88. O direito à saúde, como direito fundamental, possui uma dupla característica: a fundamentalidade formal e fundamentalidade material.

A fundamentalidade formal¹⁸ é desdobrada em três elementos: a posição no ápice do ordenamento jurídico, o direito diretamente vinculante¹⁹ ao legislador, ao executivo e ao judiciário, e a proteção pelos limites formais e materiais de reforma constitucional²⁰. Nesse sentido, sob a ótica da fundamentalidade formal, o direito à saúde apresenta a sua proteção e operacionalização a partir da ordem constitucional. A somar-se com a fundamentalidade formal, há a fundamentalidade material. O direito fundamental é materialmente fundamental, porque com ele são tomadas decisões acerca da estrutura do Estado e da sociedade, independentemente da extensão do seu conteúdo²¹.

Um desdobramento da fundamentalidade material é representado pela relevância que o bem jurídico tutelado apresenta à ordem jurídico-constitucional. No caso da saúde, trata-se de um pressuposto à vida (condição digna de vida), além de ser essencial para a garantia das condições para o exercício dos demais direitos²². Nessas perspectivas, percebemos que a salvaguarda do direito à saúde tem conexão com a proteção conferida a outros bens fundamentais, em conformidade, portanto, com o previsto no art. 5º, parágrafo segundo da CF/88²³.

¹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 01.12.13.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. N.º 10, jan., 2002. p. 3. O conceito de direito fundamental vinculado a elementos materiais e formais está presente no capítulo segundo (O conceito de norma de Direito Fundamental) da Teoria dos Direitos Fundamentais do Prof. Dr. Robert Alexy, especificamente no item II.1. ALEXY, Robert, op. cit., 2008. p. 47. Contra a categorização dos direitos sociais como direitos fundamentais: MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto. **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**. Ano III, n.º 6, Fev, 1998, p. 15-34. p. 26. ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). **O Desafio dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹⁹ Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 01.12.13.

²⁰ SARLET, Ingo, op. cit., 2002, p. 3. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 461.

²¹ ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 463.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ingo.pdf>> Acesso: 02.12.13. Também: SARLET, Ingo, op. cit., 2010, p. 75.

²³ Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

Ainda dentro da perspectiva da fundamentalidade material, o direito à saúde reúne um conjunto de bens ligados à corporeidade, como, por exemplo, a vida, a integridade pessoal, identidade genética²⁴. Vislumbramos, no direito à saúde, como direito fundamental, uma série de bens que, por si, são condição à existência humana e à vida decente²⁵. Contudo, a fundamentalidade material não é somente do bem jurídico em si mesmo, mas deste na esteira das outras opções adotadas pelo Constituinte. Deve-se acompanhar, ainda, a atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico assegurado aos direitos fundamentais²⁶.

Como podemos perceber, a CF/88 garante, tanto sob a ótica formal quanto pela ótica material, a fundamentalidade do direito à saúde, sem perder de vista, no entanto, a precária técnica legislativa e a dificuldade quanto à sistematização no texto constitucional do direito à saúde e dos direitos sociais de uma forma geral, o que gera obstáculos à compreensão do que representa o direito à saúde como direito fundamental²⁷. Tanto a fundamentalidade material quanto a fundamentalidade formal demonstram que as normas de direito fundamental desempenham um papel central no sistema jurídico, “sin embargo, todavía no se ha dicho como hacen y que significa esto para la estructura del sistema jurídico”²⁸.

No âmbito das convenções e tratados internacionais, recordemos que o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁹, de 1966 (ratificado em 1992), obrigando-se a promover todos os direitos presentes no Pacto. Na estrutura deste Pacto, há a presença do direito à saúde, em seu art. 12, item 1³⁰, que reforça a fundamentalidade do direito à saúde, tendo em vista o art. 5º, parágrafos segundo e terceiro da CF/88³¹. Salientemos, entretanto, que é possível a existência de direitos fundamentais que não

²⁴ LOUREIRO, João Carlos. Direito à (proteção da) saúde. **Revista da Defensoria Pública de São Paulo**. Ano 1, n.º 1, jul/dez, 2008. p. 41.

²⁵ Vida decente no sentido proposto pela Profª Cecile Fabre: o mínimo apto a garantir a autonomia e o bem estar. FABRE, Cécile. **Social Rights under the Constitution. Government and decent life**. Oxford: Oxford, 2004. p. 35.

²⁶ SARLET, Ingo, op. cit., 2010, p. 76.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., 2013, p. 16.

²⁸ ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 463.

²⁹ BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/PIDESC.pdf>> Acesso: 02.12.13.

³⁰ Art. 12, 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir. BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)**. Disponível <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/PIDESC.pdf>> Acesso: 02.12.13. BRASIL. **Decreto Legislativo n.º 226/1991**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm> Acesso: 11.12.13

³¹ Art. 5º, § 3º 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. Sobre as teses da incorporação dos tratados internacionais como norma constitucional é imperiosa a lição do Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade: “O disposto no artigo 5º,

estão incluídos no catálogo constitucional³², mas que ainda assim podem ser considerados de forma implícita³³.

Para além disso, ao verificarmos a CF/88, percebemos que a mesma não apenas reconheceu o direito à saúde como direito fundamental, de forma genérica, no art. 6º³⁴, como também os deveres fundamentais entre os arts. 196 e 200. Esses deveres fundamentais têm origem e conformação a partir da norma de direito fundamental³⁵. Os deveres fundamentais decorrentes do direito à saúde mantêm relação com as diferentes formas que esse direito se efetiva³⁶, salvaguardando o bem jurídico saúde. Podemos citar, por exemplo, a tutela de bens jurídicos conexos ao direito à saúde, como o ambiente, a saúde pública, a vida, ou mesmo quando há normas administrativas ligadas à vigilância sanitária e epidemiológica.

parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988: se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.” V. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 498. Também: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631. Ademais, no mesmo sentido: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013. SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

³² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 75.

³³ Uma vez que “[a]s normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, *conjunto de normas*. O conjunto das *disposições (textos, enunciados)* é apenas *ordenamento em potência*, um *conjunto de possibilidades de interpretação*, um *conjunto de normas potenciais*. O *significado* (isto é, a *norma*) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: *o significado da norma é produzido pelo intérprete*” (grifos do autor). GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 85. No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 33-34. GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 8-9. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 43-44.

³⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

³⁵ NABAIS, José Casalta. **Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 197. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 16. Importante salientarmos que os chamados deveres fundamentais são a verdadeira face oculta dos direitos fundamentais. Embora guardem íntima relação com os direitos fundamentais, são esquecidos pela doutrina constitucional. Na CF/88, a menção aos deveres fundamentais está presente no Título II, Capítulo I “Dos direitos e **deveres** individuais e coletivos” (grifo nosso). Também: SARLET, Ingo, op. cit., 2010, p. 227.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ingo.pdf>> Acesso: 02.12.13.

Há, também, os deveres fundamentais de caráter positivo ou deveres prestacionais *lato sensu* (direitos prestacionais em sentido amplo), que são os deveres de ação positiva que, no caso da saúde no Brasil, são expressos por meio das normas regulamentadoras do Sistema Único de Saúde, “especialmente no que concerne ao acesso ao sistema, à participação da comunidade, seja no processo de decisão e controle das ações de saúde, seja na adesão individual aos programas de saúde pública”³⁷. Quanto ao destinatário desses deveres, sem dúvida, o Estado apresenta-se como o principal, tendo em vista a literalidade do art. 196, *caput* da CF/88³⁸ e o art. 2º da Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8080/90)³⁹. Assim, o Estado tem o dever de realizar políticas para a promoção do direito à saúde, como o fornecimento de medicamentos e/ ou tratamentos.

Como podemos perceber, os deveres fundamentais, no caso do direito à saúde se estruturam a partir do dever de abstenção (não intervenção) e do dever de caráter positivo. Esse duplo caráter é conexo às duas dimensões do direito à saúde, como um direito de defesa (dimensão negativa) e como direito a prestações em sentido estrito⁴⁰ (dimensão positiva)⁴¹. Ambas as posições são reconhecidas pela ordem jurídico-constitucional. Ressalvamos que o tratamento dado pela CF/88 às duas dimensões referidas é o mesmo. Com isso, as duas são dotadas do caráter de direito fundamental e, por conseguinte, dos efeitos inerentes a essa característica.

Chamamos atenção para o direito à saúde como direito a prestações em sentido estrito, o qual é objeto de estudo de nossa pesquisa, para demonstrar a sua fundamentalidade e a proteção inerente aos direitos fundamentais como do vínculo obrigacional em relação ao Estado face aos deveres fundamentais (deveres prestacionais). Ao estruturar o direito prestacional à saúde como um direito de todos e dever do Estado, no art. 196 da CF/88, o Poder Constituinte não deixa dúvidas à proteção inerente aos direitos fundamentais. Também

³⁷ SARLET, Ing Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ingo.pdf>> Acesso: 02.12.13.

³⁸ 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. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

³⁹ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. BRASIL. **Lei Orgânica da Saúde**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso: 03.12.13.

⁴⁰ ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 393.

⁴¹ LOUREIRO, João Carlos, op. cit., p. 55.

às prestações em sentido estrito, isto é, o direito a receber prestações fáticas em termos de direito à saúde⁴².

Concluimos, então, que a fundamentalidade do direito à saúde implica: a) o reconhecimento do direito à saúde como protegido contra eventuais supressões pelo poder de reforma constitucional (art. 60, parágrafo quarto, inciso IV da CF/88); b) a sujeição do direito à saúde à lógica do art. 5º, parágrafo primeiro da CF/88, ou seja, que lhe seja outorgada máxima eficácia e efetividade; b.1) mesmo a norma que institua o direito à saúde de cunho prestacional deve ser considerada, em tese, dotada de plena eficácia; c) o exame de sua fundamentalidade deve considerar o elo entre o direito à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana como forma de dotá-lo de efetividade⁴³.

Compreendida e explicitada a fundamentalidade do direito (prestacional) à saúde, passemos a outra característica que é importante na definição de sua justiciabilidade sob o ponto de vista dogmático-material, qual seja, a sua aplicabilidade imediata.

2.2.2 A aplicabilidade imediata do direito à saúde

Se, em um primeiro momento, ressalvamos a fundamentalidade do direito à saúde, agora ingressaremos no âmbito de aplicação do direito à saúde. Procuraremos demonstrar, nesta seção, a aplicação imediata do direito (prestacional) à saúde, sem a intenção de que seja gerada a necessidade de qualquer densificação desse direito pelo legislador infraconstitucional, sendo assegurada a sua exigibilidade.

Uma das heranças do constitucionalismo contemporâneo é, indubitavelmente, o reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais sociais. No Brasil, esse movimento acadêmico conseguiu realizar um registro que modificou os parâmetros em relação à interpretação/aplicação dos direitos sociais, superando algumas das interpretações errôneas que conduziam a vislumbrar a Constituição “como uma mistificação ideológica”⁴⁴.

Sob esta ótica, entendemos que a CF/88 assegurou a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais de direitos fundamentais na extensão máxima de sua densidade normativa, garantindo o verdadeiro alcance de situações jurídicas instituídas pela CF/88, que

⁴² ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 393.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., 2013, p. 19.

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> acesso: 08.11.08.

geram pretensões dedutíveis frente ao Poder Judiciário – enquanto órgão apto a promover a realização concreta dos direitos fundamentais sociais⁴⁵.

Assim sendo, afirmamos que as disposições constitucionais são dotadas de força normativa e aptas, portanto, à produção de efeitos concretos sem a necessidade de regramento ulterior⁴⁶. A plausibilidade dessa afirmação é sustentada na CF/88, em seu art. 5º, parágrafo primeiro: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁴⁷.

Nesse sentido, o Legislador Constituinte incorporou ao texto da CF/88 uma regra dispendo acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais; neste caso, afirmando tal aplicabilidade. Este dispositivo constitucional não é inédito em Constituições. A portuguesa, por exemplo, em seu art. 18, item 1, dispõe: “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”⁴⁸. Ou mesmo a Lei Fundamental da República Democrática da Alemanha, no art. 1º, item 3, diz “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”⁴⁹. Salientamos, contudo, que, em relação ao exemplo da Constituição da República Portuguesa, são excluídos desse regime os direitos fundamentais sociais⁵⁰.

Por sua vez, a nossa Constituição não estabeleceu a distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. Encontramos, portanto, todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas ao mesmo regime jurídico (aplicabilidade imediata). Além disso, a

⁴⁵ Dentro desta perspectiva na doutrina constitucional brasileira há o interessante – e clássico – estudo do Prof. Dr. Luis Roberto Barroso. BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 143.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 144.

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

⁴⁸ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso: 04.12.13.

⁴⁹ “Os Direitos Fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. A tradução é disponibilizada no sítio da Embaixada Alemã no Brasil. ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf> e em <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/2677068/Daten/750845/ConstituicaoAlemao_PDF.pdf> Acesso: 04.12.13.

⁵⁰ Assertiva que é confirmada pela doutrina constitucional portuguesa: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever a Constituição Dirigente ou romper com a Constituição Dirigente? Em defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 131. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 359. Na doutrina nacional: SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 262. O mesmo acontece em relação à Constituição espanhola: PISARELLO, Gerardo. **La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español**. Disponível em <http://www.idhc.org/cat/documents/CursDH_2011/09_PISARELLO_Gerardo_01.pdf> Acesso: 06.12.13.

previsão do art. 5º, parágrafo primeiro da CF/88 tem o condão, no mínimo, de evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais.

O Poder Público deve superar obstáculos para atuar em prol da realização das normas de direitos fundamentais. Para tanto, organiza serviços públicos, edita leis, realizando ações necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais⁵¹. Dito de outra forma, impõe-se aos órgãos estatais a tarefa de criar condições materiais e maximizar a eficácia dos direitos fundamentais sociais⁵², muito embora ainda sejam apresentadas concepções como a da “situação topográfica” do art. 5º, parágrafo primeiro, que sugeriria a sua aplicação do regime da aplicabilidade imediata apenas aos direitos individuais⁵³.

Apesar da positivação do regime jurídico aplicável aos direitos fundamentais, doutrinariamente, ainda são apresentados argumentos para refutar a aplicabilidade, considerando-os meta política e, de forma alguma, um direito justiciável⁵⁴. Estas teses passam a ser atacadas, sobretudo, pelos países que incorporam os direitos sociais às suas Constituições⁵⁵.

⁵¹ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Estudos Jurídicos**. V. 32, n.º 86, set./dez., 1999. p. 15-16.

⁵² KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 38.

⁵³ Argumento exposto por Ramon Botelho. BOTELHO, Ramon Fagundes. **A Judicialização do Direito à Saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 94.

⁵⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 114-116.

⁵⁵ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). **O Desafio dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 120. No Brasil o ataque a essas teses é realizado, inicialmente, pelo Prof. José Afonso da Silva, em sua Aplicabilidade das Normas Constitucionais, tese apresentada para o provimento da cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano de 1969. O autor dá um grande passo em prol da efetividade dos direitos sociais, ao defender a normatividade dos direitos sociais (defesa da eficácia das normas programáticas). José Afonso da Silva concluirá que os direitos fundamentais sociais se beneficiam de uma eficácia jurídica limitada, estabelecendo efeitos políticos e morais (deveres ao legislador), o que se tornou objeto de crítica na doutrina constitucional brasileira, acentuando-se após a CF/88. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 151-152. Importante chamarmos atenção para as críticas/ contribuições após a tese do Prof. Dr. José Afonso da Silva, algumas delas respondidas pelo autor, na edição de 2008 de seu livro, em apêndice: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. Além disso, há outras obras (artigos e livros) que representaram a discussão da tese de José Afonso da Silva, entre eles: RUSSOMANO, Rosah. Das normas constitucionais pragmáticas. In: BONAVIDES, Paulo. **As tendências atuais do direito público (homenagem ao Prof. Afonso Arinos)**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. JUSTEN FILHO, Marçal. Eficácia das normas constitucionais (relendo José Afonso da Silva). **Revista do IAP**. n.º 5, 1981. BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social. **IX Conferência Nacional da OAB**. Florianópolis, 1982. ATALIBA, Geraldo. Eficácia das normas constitucionais e leis complementares. **Revista de Direito Público**. n.º 13, 1968. DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989. PIOVESAN, Flávia. Constituição e transformação social: a eficácia das normas fundamentais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**. n.º 37, 1992. Ainda convém informar que o Prof. Dr. José Afonso da Silva reconhece que, embora não houvesse sistematização do tema no Brasil, não era novo, isso porque a jurisprudência e a doutrina

Acreditamos que, atualmente, tornam-se insustentáveis as teses que relativizam a aplicabilidade imediata dos direitos sociais diante do texto constitucional, da doutrina e, inclusive, com base em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF)⁵⁶. O principal argumento contrário à aplicabilidade imediata é a diferenciação entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais (em sentido estrito)⁵⁷, sendo que os últimos demandariam concretização legislativa⁵⁸ e dependeriam das circunstâncias socioeconômicas para sua aplicabilidade⁵⁹.

Em relação à ordem constitucional brasileira, entendemos que não há dúvida quanto à necessidade de conjugarmos aspectos socioeconômicos à promoção da saúde. Porém, isto não exclui a exigibilidade do cumprimento de deveres positivos pelo Estado. Compreendemos que o direito prestacional à saúde gera sempre algum tipo de posição jurídica, ainda que reclame regulação legislativa, o que se evidencia na garantia do mínimo vital⁶⁰.

O maior grau de efetividade (densificação) da prestação estatal evidencia o dever do Estado e a possibilidade de exigir o cumprimento. No entanto, ainda nos casos em que o Estado não promova uma densificação das prestações estatais, é garantida a aplicabilidade imediata para assegurar o cumprimento dos deveres positivos do Estado em matéria de direito à saúde⁶¹. Não podemos tornar um direito fundamental social à saúde impotente pela

norte-americanas trataram sob o conceito de *self-executing provisions* e *not self-executing provisions* e de *mandatory provisions* e *directory provisions* (p. 15-16). No Brasil as teses norte-americanas foram retratadas por Ruy Barbosa e Pontes de Miranda. BARBOSA, Ruy. **Obras Completas**. Vol. XLII, Tomo I, 1915 Disponível em

<
<http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&PagFis=25678&Pesq=self%20executing>> Acesso: 05.12.13. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsó, 1960.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271286/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 24.11.200. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 232335/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 25.8.2000. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/ DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>> Acesso: 06.12.13.

⁵⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 183. A distinção entre direitos de defesa e direitos sociais é questionada pelos Profs. Victor Abramovich e Christian Courtis. Consideram que argumentos tendentes a essa diferenciação não resistem como ausência ou presença da exigibilidade social ou argumentos relativos à aplicabilidade. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 47.

⁵⁸ Tornam-se, portanto, objeto de determinação política. Ibidem, p. 380-381.

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Ano 1, n.º 1, jul./dez., 2008. p. 138.

⁶⁰ ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 455.

⁶¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 43.

inoperância político-legislativa⁶², em que pese tratar-se de um direito a prestações em sentido estrito⁶³.

A ausência de uma densificação legislativa do direito prestacional à saúde não autoriza a aplicação de teses que defendem a estrutura distinta entre direitos sociais e direitos civis, comumente utilizadas para justificar a não justiciabilidade ou a justiciabilidade fraca dos direitos sociais, como relata Pisarello⁶⁴. Mesmo sob a ótica material, os direitos sociais são tão exigíveis quanto os direitos civis, pois estão vinculados à tutela de valores similares⁶⁵. Em outras palavras, a distinção é superável na medida em que direitos sociais e direitos civis asseguram a liberdade, a autonomia e a promoção da dignidade na ordem jurídico-constitucional. Compreendemos que se trata do Estado cumprir deveres positivos de subsistência, evitando a privação de condições mínimas para um viver autônomo⁶⁶.

Em outra sorte de argumentos, afirma-se, também, que a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, mesmo de prestações em sentido estrito, tem o condão de assegurar as condições prévias para o funcionamento do procedimento democrático⁶⁷. Dito de outra forma, se o Estado não provém condições mínimas à participação democrática, nega-se o próprio direito à participação democrática⁶⁸.

Logo, o direito à saúde, como direito fundamental, tem aplicabilidade imediata, visto que a positivação do direito à saúde⁶⁹ não o deixa sem aplicação. Diante da ordem jurídico-constitucional brasileira, o direito (prestacional) à saúde é uma norma de eficácia plena, sendo possível exigir, inclusive, direito a prestações em saúde em sentido estrito. No âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal, desperta-nos a atenção a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, n.º 45, de Relatoria do Ministro Celso de Mello,

⁶² ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 497.

⁶³ Mesmo em Estados que não seguem a tradição do Estado brasileiro, argui-se pela aplicabilidade imediata do direito à saúde, ainda que não esteja nem positivado no texto constitucional, como forma de estabelecer o mínimo para uma vida decente que garanta o bem-estar e a autonomia. FABRE, Cecile, op. cit., p. 20. KING, Jeff. **Judging Social Rights**. Cambridge: Cambridge Press, 2012. p. 57-58.

⁶⁴ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista**. Disponível em < http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Gerardo_Pisarello_-_Enemigos_de_los_ds.pdf> Acesso: 06.12.13.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ FABRE, Cecile, op. cit., p. 52. DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard, 2000. p. 34-35.

⁶⁷ KING, Jeff, op. cit., 2012. p. 21.

⁶⁸ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 136.

⁶⁹ Os direitos prestacionais podem ser direitos de proteção (em que se exige a proteção do Estado face à intervenção de terceiros) (p. 398), direitos à organização e ao procedimento (o Estado deve assegurar a realização do direito por meio da organização e procedimento) (p. 418) e direitos prestacionais em sentido estrito (o Estado deve garantir prestações fáticas aos indivíduos) (p. 443). V. ALEXY, Robert, op. cit., 2008. O direito à saúde possui, na ordem constitucional brasileira, essas três significações, sendo a última o nosso objeto de estudo. Convém salientar que se aplica a regra da aplicabilidade imediata a todas.

decisão amplamente divulgada e que é lugar comum em termos de aplicabilidade/exigibilidade de direitos sociais prestacionais.

Embora o Ministro Celso de Mello, em voto de sua autoria, apresente a distinção entre os direitos sociais e os direitos individuais, tendendo para uma maior abertura dos primeiros em relação ao grau de conformação do Poder Legislativo, aduz que:

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.⁷⁰

De uma forma geral, encontramos decisões do Supremo Tribunal Federal⁷¹ que reconhecem a aplicabilidade imediata do direito social a prestações em matéria de saúde como forma de assegurar um mínimo existencial quando houver omissão do Poder Legislativo na densificação desse direito⁷². Nesta perspectiva, a omissão de uma autoridade em cumprir seus deveres, isto é, tomar as medidas necessárias para a realização do direito à saúde, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e vulnera o direito à saúde, bem como a integridade física, moral e psíquica da pessoa⁷³. Sem dúvida, é um argumento que reforça a aplicabilidade imediata; porém seja feita a ressalva de que o entendimento aqui esposado é que a proteção insuficiente também possibilita a sua exigibilidade.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/ DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>> Acesso: 06.12.13.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271286/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 24.11.200. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 232335/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 25.8.2000.

⁷² Da mesma forma é reconhecido na jurisprudência constitucional colombiana. ARANGO, Rodolfo. El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Ano 1, n.º 1, jul./dez., 2008. p. 96.

⁷³ ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2008, p. 97.

De qualquer forma, podemos entender que o direito prestacional à saúde em sentido estrito é aplicável imediatamente, independentemente de densificação legislativa. Isto gera posições jurídicas que não necessariamente refletirão a total erradicação de qualquer padecimento; apenas invoca-se o dever estatal de garantir condições de melhoria do paciente, adotando cuidados indispensáveis, evitando, por ventura, a afetação de sua qualidade de vida ou mesmo impedindo que sua saúde diminua sensivelmente⁷⁴.

Ou seja, como forma de superação dos argumentos contrários à aplicabilidade imediata, a exigibilidade dos direitos prestacionais à saúde, em sentido estrito, baseia-se em “parâmetros mínimos” de eficácia⁷⁵. Mesmo em relação a Constituições, como a portuguesa, na qual os direitos sociais não possuem aplicabilidade imediata, a sua presença exige um mínimo de eficácia jurídica⁷⁶. Nesta situação, impõe-se que “comprove a destruição pelo legislador do nível mínimo de realização dos direitos exigidos pela dignidade da pessoa humana”⁷⁷, argumentos que reforçam a previsão da aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Assim, o direito prestacional à saúde é dotado de aplicabilidade imediata, não cabendo a distinção de regime jurídico em relação aos direitos civis e, tampouco, a necessidade de concretização por parte do legislador infraconstitucional para que se torne aplicável. Por fim, os reflexos socioeconômicos das prestações devem ser considerados, mas não podem ser impeditivos à exigência de prestações que assegurem uma vida decente⁷⁸.

Diante do que expusemos ao longo desta seção, é possível concluirmos: a) a CF/88 adotou a aplicabilidade imediata como regime jurídico para os direitos fundamentais; b) o art. 5º, parágrafo primeiro da CF/88 criou uma cláusula para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em que os cidadãos se tornam credores dessa aplicabilidade; c) o art. 5º, parágrafo primeiro da CF/88 aplica-se tanto aos direitos individuais quanto aos direitos sociais; d) não é necessária qualquer pormenorização legislativa para que o direito fundamental à saúde seja

⁷⁴ É inclusive o conteúdo de decisão da Corte Constitucional Colombiana (T-001 de 1995), relatada pelo Prof. Dr. Rodolfo Arango. ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2008, p. 99.

⁷⁵ FILCHTINER, Mariana Figueiredo. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 104. Mesmo na doutrina portuguesa, reconhece-se o direito ao mínimo de existência condigna, cfê. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O “direito ao mínimo de existência condigna” com direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02. **Jurisprudência Constitucional**. n.º 1, jan/mar, 2004.

⁷⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2004, p. 23.

⁷⁷ Ibidem, p. 24.

⁷⁸ FABRE, Cecile, op. cit., p. 20-21. KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 52.

aplicável imediatamente; d.1) mesmo no caso do direito prestacional à saúde em sentido estrito, é exigível o regime da aplicabilidade imediata.

2.2.3 A dimensão subjetiva do direito à saúde

Apresentaremos, nesta seção, a dimensão jurídico-subjetiva⁷⁹ do direito à saúde com base na CF/88. Para tanto, consignaremos algumas considerações em relação ao seu significado e alcance. A dimensão subjetiva do direito à saúde diz respeito aos direitos e deveres dos titulares desse direito. Aqui, consideramos tanto a condição individual quanto a coletiva, a qual tem incidência na vida dos usuários dos serviços de saúde⁸⁰, possibilitando-nos a exigência de que o direito à saúde seja satisfeito na maior medida possível.

As perguntas que devemos responder são: o direito à saúde, previsto no art. 6º da CF/88, gera um direito subjetivo? Ou mesmo, os dispositivos constitucionais previstos entre os arts. 196 e 200 da Constituição geram direitos subjetivos?

A doutrina constitucional considera que há direitos subjetivos diretamente exigíveis pelos seus titulares e direitos a prestações em sentido estrito, que necessitariam de desenvolvimento infraconstitucional para serem exigíveis⁸¹. Assim, os direitos fundamentais, quando não dependentes de uma prestação estatal, gerariam direitos subjetivos. No âmbito do direito à saúde, apenas a dimensão negativa desse direito, segundo a doutrina constitucional, gera um direito subjetivo ao seu titular, a exigir a não intervenção estatal. Entretanto,

⁷⁹ Sem ignorarmos a grande tradição, no pensamento jurídico, da construção da ideia de direito subjetivo, tanto no direito privado quanto no direito público. Aqui, em virtude do método adotado, apenas são referidas algumas obras que podem servir de base. Sobre a origem do conceito: HESPANHA, Antonio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Europa-américa, 1997. PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **Teoría del Derecho – una concepción de la experiencia jurídica**. Madrid: Tecnos, 1997. VILLEY, Michel. **Estudios en torno de la noción de derecho subjetivo**. Valparaíso: Universitarias de Valparaíso, 1976. WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. Sobre a negação do direito subjetivo: DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Madrid: Francisco Beltran, 1921. DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. T. 1, Paris: Fontemoing, 1928. p.217-218. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Sobre as teorias críticas: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 5, Rio de Janeiro: Borsóí, 1971. RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001. Sobre a teoria da vontade: SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do Direito Romano Atual**. Volume 3, Ijuí: Unijuí, 2004. Sobre a teoria do interesse: JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Sobre a teoria mista: JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi**. Milano: Società Libreria, 1912.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 141.

⁸¹ ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2008, p. 94.

discordamos dessa perspectiva, pois se baseia na distinção de regimes jurídicos entre direitos de liberdade e direitos sociais, econômicos e culturais (seção 2.2.2) ⁸².

Constatamos que essa tendência em considerar os direitos sociais como uma espécie *sui generis* (que não geram direitos subjetivos) de direitos jurídicos encontra-se em processo de reversão ⁸³. Conforme relata Cláudio Ari Mello, “chama atenção o fato de que o Poder Judiciário brasileiro esteja hoje começando a aplicar aos direitos sociais a linguagem dos direitos subjetivos, tal como foi desenvolvida no âmbito do direito privado.” ⁸⁴ No entanto, o conceito de direito subjetivo aplicado aos direitos sociais continua vinculado às concepções tradicionais ⁸⁵, que geram dificuldades para o entendimento de direitos transindividuais e da compreensão material dos direitos sociais a prestações em sentido estrito como direitos subjetivos.

A definição de direito subjetivo encontra-se arraigada a noções de direito privado, como as tradicionais teorias da vontade e do interesse (nota n.º 79). E, mesmo quando aplicado ao direito público, na tentativa de estabelecer uma teoria própria, não é pacífico, como é o caso da teoria mista de Georg Jellinek ⁸⁶. Jellinek apresenta uma teoria mista que inclui, no direito subjetivo, o elemento objetivo (interesse) e o elemento subjetivo (vontade), assim entendido como um interesse juridicamente protegido e que atribui ao respectivo titular o poder de querer algo ⁸⁷. A categorização proposta por Jellinek qualifica o indivíduo pelo modo de integração com o Estado, estabelecendo os agrupamentos de direitos do indivíduo em face do Estado ⁸⁸.

⁸² GARGARELLA, Roberto. Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿ Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales? **Jueces por la Democracia**. n.º 31, mar., 1998. p. 11-12.

⁸³ MELLO, Cláudio. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). **O Desafio dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 105.

⁸⁴ Ibidem, p. 105-106. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 113-114.

⁸⁵ ARANGO, Rodolfo. Los derechos sociales en iberoamérica: estado de la cuestión y perspectiva de futuro. **Cuadernos electrónicos de Derechos Humanos y Democracia**. n.º 5, fev., 2010. Disponível em < http://www.portalfio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/1_%20Los%20derechos%20sociales%20en%20Iberoam%C3%A9rica.pdf> Acesso: 08.12.13. p. 8.

⁸⁶ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 494

⁸⁷ JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Milano: Società Libreria, 1912. p. 49

⁸⁸ Ibidem, p. 96. Na perspectiva de Jellinek, os vários direitos públicos subjetivos são sistematizados a partir do *status* do indivíduo em relação ao Estado, que pode ser: passivo (o indivíduo deve prestações ao Estado), negativo (o indivíduo é livre em relação ao Estado), positivo (o indivíduo possui pretensões positivas em relação ao Estado) e ativo (o indivíduo exercita direitos de participação política no Estado). A teoria de Jellinek ainda é vigente como base para a classificação dos direitos fundamentais. Devemos inquirir sobre o grau de exigibilidade do direito com base no *status*, principalmente, no caso do direito a prestações em sentido estrito. Ibidem, p. 98. RÁO, Vicente, op. cit., p. 844. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 219.

Apesar desse giro teórico, tais definições ainda apresentam problemas para sua aplicação no campo dos direitos sociais fundamentais, principalmente no caso de direitos a prestações em sentido estrito. Nesse sentido, a perspectiva analítica relaciona-se melhor com a dogmática constitucional brasileira⁸⁹, tendo em vista a previsão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV)⁹⁰ e, no caso da saúde, o aprofundamento que a própria CF/88 realiza entre os arts. 196-200.

A caracterização, como direito subjetivo, está associada a sua capacidade de exigir judicialmente, transpondo para o direito à saúde: se um sujeito A tem o direito ao fornecimento de um medicamento pelo Estado, significa que pode exigir esse medicamento judicialmente⁹¹. Em situações como essa, para a caracterização do direito subjetivo, basta o poder jurídico (capacidade, competência) e a existência de um dever jurídico⁹². Voltando ao exemplo, o sujeito A tem a capacidade (possibilidade de exigir) e o Estado tem o dever de fornecer medicamentos (dever jurídico), baseado nos arts. 6º e 196 da CF/88.

Essa percepção é falha no tocante ao direito prestacional à saúde, uma vez que a CF/88 não estabeleceu um comando normativo preciso, que o defina materialmente e temporalmente.

É preciso que apliquemos a lição de Alexy ao estabelecer a distinção entre regras e princípios como chave aos problemas da dogmática dos direitos fundamentais⁹³. Há uma diferença entre o caráter *prima facie* das regras e dos princípios⁹⁴. Os princípios ordenam a realização de algo na maior medida, levando em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas. Dessa maneira, não contêm *mandatos definitivos*, mas *prima facie*.

As regras, por sua vez, exigem a realização do que é ordenado, contendo a determinação no bojo das possibilidades jurídicas e fáticas. Assim, o que a regra estabelece tem validade definitiva. No entanto, é possível introduzir nas regras uma cláusula de

⁸⁹ ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 156-158. E também retratada por Rodolfo Arango. ARANGO, Rodolfo. **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales**. Bogotá: Legis, 2012. p. 15. Recomenda-se também a leitura da tese cognitiva dos direitos fundamentais sociais: “Até aqui, tenho defendido a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais a partir do ponto de partida da tese cognitiva dos direitos. Essa tese transforma urgência em uma constante fundamental dos reconhecimento pelos juízes de acordo com a situação concreta da pessoa que reivindica a violação do direito”. ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). **O Desafio dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 97-98.

⁹⁰ Será objeto do item 2.3.1.

⁹¹ “[D]ireitos subjetivos em sentido técnico, na medida em que por um direito subjetivo se entenda o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação judicial, o não cumprimento de um dever jurídico.” Nesse caso, a exigibilidade é apresentada como um elemento constitutivo do conceito de direito subjetivo. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 160-161.

⁹² ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 159.

⁹³ Ibidem, p. 63.

⁹⁴ Ibidem, p. 79.

exceção⁹⁵, adquirindo o caráter *prima facie*⁹⁶ – que não se confunde com o dos princípios. A verificação da aplicação dos princípios está relacionada com a dimensão peso deles⁹⁷.

Consideramos, com base na crítica de Humberto Ávila em relação ao modo de aplicação dos princípios e regras, que mesmo as regras admitem a consideração de aspectos concretos e individuais. É possível a exclusão da aplicação de uma regra com base em exceções não previstas pelo legislador. Para tanto, é preciso um forte apelo justificativo: “no caso das regras, a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a *trincheira* decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas.”⁹⁸

Em relação ao direito prestacional à saúde, o Legislador Constituinte normatizou as bases para a concretização do direito prestacional à saúde (arts. 196 a 200 da CF/88). Contudo, a norma constitucional não apresenta um comando normativo preciso⁹⁹, de execução material e temporal determinada; assim, o Poder Judiciário realiza uma ponderação do caso concreto, orientada tanto quanto possível por decisões prévias do legislador ordinário¹⁰⁰.

Não extraímos dos arts. 196-200 da CF/88 um direito absoluto às prestações estatais em saúde, mas um direito *prima facie*. Apesar disso, as normas do direito à saúde também possuem um nível de vinculação próprio das regras ao estabelecer *como* deve ser realizado; porém, sem a referência ao *quê* materialmente. Tal materialização depende das condições fáticas (recursos financeiros) e jurídicas (colisão com outras normas). Inexiste na CF/88 um direito subjetivo incondicionado, garantido a qualquer custo.

Os arts. 198 e 200 da CF/88¹⁰¹ limitam a competência do legislador¹⁰², impondo um direito objetivo definitivo vinculante ao definir *como* o Estado deve realizar a prestação. O

⁹⁵ ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 80.

⁹⁶ Ibidem, p. 81.

⁹⁷ Ibidem, p. 81.

⁹⁸ Em relação à insuficiência da distinção de Alexy, é importante ter conhecimento da crítica de Humberto Ávila. Segundo Ávila, “tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados” (p. 51). É preciso ressaltar princípios e regras admitem a consideração de aspectos concretos e individuais (p. 53), “Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram para a argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*).” (p. 53). (grifo no original) ÁVILA, Humberto, op. cit., 2012, p. 53-54.

⁹⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 122.

¹⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 270-271.

¹⁰¹ O que não exclui, todavia, em consonância com o art. 199, parágrafos primeiro, segundo e terceiro da CF/88, a liberdade à iniciativa privada da assistência à saúde. Essa atividade deve ser fiscalizada e regulamentada pelo Estado. A atividade é livre à iniciativa privada, não se aplicando às operadoras de planos e seguros de saúde as exigências de acesso universal e amplitude de assistência, próprias da função estatal na saúde. O abandono da rede pública de saúde gera a ênfase na constituição de uma rede privada de saúde – conhecida como saúde complementar. Nesse sentido “[a] deficiência da saúde pública – embora reconhecida sua essencialidade ‘não só para uma saudável conservação da vida social mas para a defesa da sanidade do povo e da higiene social’ – em face de uma bem aparelhada e cara oferta de serviços de saúde pela iniciativa privada pode ser considerada com

art. 196 possui uma dupla face: a primeira em relação ao direito subjetivo definitivo vinculante a um mínimo vital em termos de prestações¹⁰³; e a segunda, ao direito subjetivo *prima facie* vinculante, pois são prestações para além do mínimo vital¹⁰⁴. Nesta última circunstância, a densificação das prestações pelo legislador ordinário gera maior vinculação, pois a ele compete ponderar as condições fáticas e jurídicas.

Essa dupla face é reflexo, também, da integralidade do direito prestacional à saúde (art. 198, II da CF/88), a qual refere que as prestações não se cingem apenas à noção de saúde como “curativa”. O direito prestacional à saúde está ligado a atividades que buscam diagnósticos precoces e a redução de fatores de risco. A integralidade representa tratar da prevenção, assistência e repercussão dos problemas de saúde.

Assim, da integralidade resulta o direito subjetivo definitivo ao mínimo vital e o direito subjetivo *prima facie* a prestações que assegurem, de acordo com condições fáticas e jurídicas, a prevenção e assistência dos problemas de saúde para além dos casos em que há um dano iminente à saúde.

Nesse sentido, a CF/88 fornece critérios aptos à determinação do conteúdo do direito à saúde com base nos objetivos fornecidos, constituindo posições jurídicas subjetivas referíveis ao plano constitucional¹⁰⁵, sempre que indispensáveis à manutenção da condição mínima à existência do indivíduo.

Além disso, como dito, na medida em que o legislador ordinário vai densificando a realização do direito à saúde, por meio de prestações positivas, maior o grau de vinculação do Estado. No direito à saúde, a sua implementação está prevista na Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8080/90), a qual trata das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, além de dar outras

um dos principais fatores geradores de conflito que degeneram em violência” (p. 247) CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico, Direitos Humanos e Segurança Coletiva**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007. p. 247.

¹⁰² ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 445 e p. 455.

¹⁰³ Nessa linha argumentativa, relembremos Gomes Canotilho que advoga pela inexistência de grau zero de vinculatividade dos direitos sociais, em que pese os problemas de financiamento do Estado que possam advir. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 109. GIMÉNEZ, Teresa Vicente, op. cit., p. 98.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 445.

¹⁰⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 359. Embora discordemos da conclusão de Vieira de Andrade (p. 360) “para que se tornem *direitos subjetivos certos*, é necessária uma atuação legislativa que defina o seu conteúdo concreto, fazendo opções políticas num quadro de prioridades a que obriguem a escassez de recursos, o caráter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, a abertura característica do próprio princípio democrático”. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 360. Consideramos que tal argumento apenas reforça a linha argumentativa ligada à ideia da inexistência de direito subjetivo em matéria de direitos sociais a prestações em sentido estrito.

providências¹⁰⁶. Nessa Lei, são apresentadas as atribuições e os objetivos do Sistema Único de Saúde (SUS), que é a rede pública responsável pelas prestações de serviços de saúde no Brasil (art. 198 da CF/88¹⁰⁷).

Dentro do SUS, há as Normas Operacionais Básicas, instrumentos de fixação de estratégias e ações que reorientem a operacionalidade do SUS a partir de avaliações periódicas¹⁰⁸. Em relação à política de fornecimento de medicamentos, a qual é objeto de constante judicialização, adota-se a Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME)¹⁰⁹, fundada com base nos maiores problemas de saúde do país e contando com os medicamentos básicos disponíveis para o tratamento. Essa relação deve ser continuamente atualizada¹¹⁰.

Dessa forma, esse maior grau de aprofundamento legislativo e, inclusive, na execução das prestações fáticas em matéria de direito à saúde, gera uma maior vinculação, justificando posições jurídicas exigíveis por indivíduos ou até mesmo grupos que não tiverem essas prestações atendidas. Diante disso, quanto maior for o grau de participação democrática do Poder Legislativo no exercício da função de configurar materialmente as normas constitucionais, tanto menor deverá ser o âmbito material de configuração do Poder Judiciário¹¹¹. Assim, a maior configuração, por parte do Poder Legislativo, densificando o direito à saúde, gera direitos subjetivos definitivos.

Comprendemos que o direito subjetivo deve ser caracterizado por três elementos: norma jurídica válida, obrigação (dever) jurídica(o) e posição jurídica¹¹². “Por posición jurídica se entiende toda situación de un sujeto de derecho (individuo o grupo) dentro del

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei n.º 8080/90**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso: 11.12.13.

¹⁰⁷ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

¹⁰⁸ FILCHTINER, Mariana, op. cit., 2007, p. 97.

¹⁰⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 533 de 22 de março de 2012**. Disponível em < http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome_pt_533_2012.pdf> Acesso: 10.5.2013. Quanto à lista de medicamentos: BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação de Medicamentos Essenciais (atualizada em 27.9.2012)**. Disponível em < http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/anexos_rename_2012_pt_533_27_09_12.pdf> Acesso: 10.5.2013.

¹¹⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 533 de 22 de março de 2012**. Disponível em < http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome_pt_533_2012.pdf> Acesso: 10.5.2013.

¹¹¹ Aquilo que o Prof. Dr. Humberto Ávila chama de critério de verificação de ativismo judicial; no caso, critério quanto ao procedimento. Para Ávila, ativismo judicial é entendido como “a expressão que designa o exercício da atividade judicial que desrespeita, porque descaracteriza a função típica do Poder Legislativo. Essa função pode ser qualificada pelo procedimento, pelo objeto e pelo instrumento” (p. 150). ÁVILA, Humberto Bergmann. **Ativismo Judicial e Direito Tributário**. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. p. 152.

¹¹² ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2012, p. 9.

ordenamiento jurídico, la cual debe poder ser fundamentada suficientemente mediante razones válidas, y cuyo no reconocimiento le ocasiona un daño injustificado.”¹¹³

Para existir um direito subjetivo, deve existir uma norma jurídica válida, condição necessária, mas não suficiente. A validade de uma norma deve estar baseada em um ato normativo válido. Isto significa dizer: sua origem deve ser em uma norma válida. Também é preciso uma obrigação jurídica; ou seja, o direito subjetivo de uma pessoa implica o dever jurídico de outra pessoa¹¹⁴. Por fim, é caracterizado por uma posição jurídica que é a situação que um sujeito ocupa na ordem jurídica que, por ser justificável com boas razões, deve ser protegida e reconhecida *prima facie*¹¹⁵. Aquele que tem um direito subjetivo, portanto, deve justificá-lo juridicamente¹¹⁶, envolvendo, no caso, direito prestacional à saúde, apreciação entre bens individuais e bens coletivos¹¹⁷.

Aplicando-se esses elementos aos direitos fundamentais sociais, especificamente aos direitos a prestações em sentido estrito, adicionam-se mais dois elementos, além dos definidores de um direito subjetivo: o grau de importância e o caráter geral positivo¹¹⁸. Quanto ao grau de importância, justifica-se pela própria fundamentalidade dos direitos sociais na CF/88, já exposta no item 2.2.1. Em relação ao caráter geral positivo, trata-se da previsão explícita em disposições de direitos fundamentais¹¹⁹. Com isso, dentro dessa perspectiva, as condições materiais e formais dos direitos sociais desenvolvem-se e, entretanto, o seu suporte fático ainda é permeável a aspectos econômicos e políticos que lhe são expostos razoavelmente¹²⁰.

Se aplicarmos ao exemplo anteriormente relatado, temos que o sujeito A tem direito ao recebimento de medicamentos pelo Estado, desde que apresente razões justificáveis, ou seja, que, no caso do não fornecimento, gere-se um dano iminente sem possibilidades de justificação jurídica. Ou seja, a existência do direito subjetivo ao direito prestacional à saúde

¹¹³ “Por posição jurídica entende-se toda a situação de um sujeito de direito (indivíduo ou grupo) dentro do ordenamento jurídico, a qual deve ser fundamentada suficientemente por meio de razões válidas e cujo não reconhecimento ocasiona-lhe um dano injustificado”. (tradução nossa) *Ibidem*, p. 66.

¹¹⁴ ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2012, p. 10-14.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.20.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

¹¹⁷ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In: MELLO, Cláudio Ari, op. cit., p. 134.

¹¹⁸ ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2012, p. 39.

¹¹⁹ ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2012, p. 39-40.

¹²⁰ MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In: MELLO, Cláudio Ari, op. cit., p. 129.

condiciona-se à existência da posição jurídica, a qual deve se fundamentar em razões jurídicas válidas (argumentação jurídica) e suficientes¹²¹.

À guisa da conclusão desta seção, precisamos retomar os questionamentos inicialmente formulados em relação ao direito prestacional à saúde em sentido estrito. Os arts. 6º e 196 da CF/88 geram direitos subjetivos? É possível configurar direitos subjetivos a prestações de saúde em sentido estrito com base na CF/88?

A resposta para os dois questionamentos é positiva, embora com algumas condicionantes apresentadas ao longo do texto: a) para que um indivíduo ou grupo detenha o direito subjetivo a prestações em saúde, são necessárias razões jurídicas válidas e suficientes para além da perspectiva privatista de direito subjetivo; b) o direito prestacional à saúde revela uma dupla face; b.1) a primeira é o direito subjetivo definitivo ao mínimo vital; b.2) o direito subjetivo *prima facie* a prestações que atendam a assistência e prevenção; c) o primeiro caso (b.1) é de exigibilidade imediata; d) o segundo caso (b.2) depende da maior ou menor determinação pelo Poder Legislativo/Executivo; e) neste último caso, a maior determinação do direito a prestações de saúde em sentido estrito por meio do Poder Legislativo/Executivo, concretizando o previsto na CF/88, assegura posições jurídicas vinculantes.

2.2.4 A titularidade¹²² do direito à saúde

O direito à saúde estipulou expressamente a titularidade universal na CF/88, no art. 196¹²³. É reconhecido e assegurado, portanto, a todas as pessoas¹²⁴. No entanto, isso não

¹²¹ ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2012, p. 57.

¹²² Cabe uma nota em relação ao aspecto conceitual; isto porque comumente, na doutrina brasileira, é utilizada a expressão destinatário como sinônimo de titular. Titular do direito é, notadamente, relacionado com a dimensão subjetiva do direito, figurando como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva. Por outro lado, destinatário é a pessoa em face da qual é possível exigir o respeito, proteção ou promoção do direito. SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 208.

¹²³ 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. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

¹²⁴ A Constituição de 1988, ao utilizar a expressão “todos” (art. 196), concebe o direito à saúde como um direito geral e não apenas aos cidadãos brasileiros. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do qual o Brasil é signatário – aplicando-se o regime do art. 5º, parágrafo terceiro – corrobora essa afirmação, ampliando o rol de titulares do direito à saúde. ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2012, p. 68 e 338 (item 3). Importante lembrarmos que o STF já decidiu que a condição de estrangeiro, por exemplo, não basta para reduzir a pessoa a um estado incompatível com a dignidade humana. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processo de Exatidão n.º 633**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.08.1996.

constitui impeditivo para que sejam realizadas diferenciações na aplicação da norma, principalmente “quando sopesada com o princípio da igualdade, porquanto tais princípios, embora correlacionados, não se confundem”¹²⁵. Assim, podem existir diferentes titulares do direito à saúde.

À semelhança de outros direitos sociais, ou mesmo socioambientais, possui uma dupla face em termos de titularidade: individual¹²⁶ e coletiva (transindividual ou até mesmo difusa). A definição do titular do direito à saúde encontra-se intimamente ligada ao elemento posição jurídica do sujeito de direito; nessa perspectiva, aquele que é o sujeito de direito é o potencial titular do direito fundamental à saúde¹²⁷. Pretendemos demonstrar a admissibilidade da dupla dimensão (individual e coletiva) do direito prestacional à saúde, correspondendo cada uma delas a uma concepção distinta de justiça, com base no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Salientamos que os interesses individuais, ainda que tutelados coletivamente, são abarcados na dimensão individual¹²⁸, pois manifestam interesses individuais em massa.

Em primeiro lugar, precisamos refutar o argumento que considera os direitos sociais como direitos dos grupos e os direitos civis e políticos como direitos individuais vinculados ao ser humano. Tanto em relação aos direitos sociais quanto aos direitos de liberdade, é possível reconhecer o exercício, também, a entidades coletivas ou grupos¹²⁹. Quanto aos direitos sociais, devemos considerar o indivíduo como titular dos direitos econômicos, sociais e culturais¹³⁰. Nessa mesma esteira, Gerardo Pisarello¹³¹ recusa a tese dos direitos sociais unicamente coletivos, admitindo uma dimensão individual e uma dimensão coletiva dos direitos fundamentais sociais. Em relação ao direito à saúde, a afetação do direito pode produzir tanto danos individuais quanto danos coletivos.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ingo.pdf>> Acesso: 02.12.13.

¹²⁶ A expressão “direitos individuais” não se confunde, aqui, com a terminologia habitualmente utilizada para designar os direitos civis e políticos.

¹²⁷ ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2012, p. 59. Convém lembrar a posição de Arango Para ele, não há nem metas políticas, nem direitos coletivos; os direitos fundamentais sociais são direitos individuais. Para ele, “ainda que em teoria os direitos coletivos possam ser compatíveis com o Estado Democrático e Constitucional de Direitos, as coletividades (grupos de indivíduos) não são considerados como titulares de direitos sociais fundamentais” (tradução nossa) (p. 60).

¹²⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva dos interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 46-47.

¹²⁹ DOMÍNGUEZ, Ana Garriga ¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales. In: ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. **Una discusión sobre derechos colectivos**. Madrid: Dykinson, 2001. P. 197. SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 215.

¹³⁰ A autora reconhece apenas os indivíduos como titulares dos direitos sociais, deconsiderando os grupos, da mesma forma como Arango (nota n.º 108). Ibidem, p. 198.

¹³¹ PISARELLO, Gerardo, op. cit., p. 72.

Como dito anteriormente (seção 2.2.3), os direitos sociais não são distintos dos direitos civis (e políticos), tendo em vista que ambos devem assegurar uma vida decente (digna).

A positivação dos direitos sociais surge por força da dignidade de cada pessoa envolvida considerada¹³², apesar dos processos históricos geridos nos movimentos sociais no Brasil (como é o caso da saúde¹³³). Em que pese os direitos sociais serem forjados a partir de situações de desvantagem social de um grupo (velhos, doentes, jovens, trabalhadores, família), a sua existência está justificada em razão do ser humano concreto, ou seja, do indivíduo¹³⁴. Portanto, a dimensão individual coexiste com a dimensão coletiva, de tal maneira que a individual não resta afastada em função do exercício da coletiva (como ocorre no mandado de segurança coletivo)¹³⁵.

Diante disso, a dimensão individual do direito prestacional à saúde está ligada à noção de justiça compensatória¹³⁶, como, inclusive, uma etapa prévia a qualquer distribuição. Ou seja, ao afirmarmos o direito prestacional à saúde, em sua dimensão individual, como uma forma de promovermos a dignidade da pessoa humana, ou, como referido, uma vida decente, estamos diante de uma concepção compensatória de justiça, compatível com a CF/88 (art. 3º, III)¹³⁷.

A função dos direitos sociais é assegurar que cada pessoa, individualmente considerada, possa desenvolver a sua existência integrada em determinados grupos, sem, no entanto, quando presente um conflito de interesses, situar-se em uma relação de oposição à coletividade¹³⁸. Partimos do pressuposto de que, se não houver a dimensão individual do direito prestacional à saúde como uma forma de justiça compensatória, não é possível garantir

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 215. Reforça o seu argumento Sarlet: “Aliás, mesmo a liberdade de associação sindical (apenas uma particular manifestação da liberdade de associação em sentido amplo) e o direito de greve (igualmente uma manifestação da liberdade de reunião, manifestação e expressão) não são tidos como direitos exclusivamente coletivos, mas sim direitos individuais de expressão coletiva”.

¹³³ É o caso do Movimento Sanitarista no Brasil, que foi o movimento civil impulsionador do processo constituinte da Saúde. Tal movimento chegou a ser apelidado de “partido sanitário” e tinha como bandeira a criação do Sistema Único de Saúde, promovendo acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. p. 33-35. Em especial, o capítulo 2 e 3, respectivamente, “O caminho até a Constituinte: a atuação do movimento sanitário” e “A Constituinte: propostas, organicidades e conflitos”.

¹³⁴ GIMENÉZ, Teresa Vicente, op. cit., p. 82.

¹³⁵ LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86.

¹³⁶ ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2012, p. 349. Conceitualização que será mais bem trabalhada na definição dos critérios de controle das políticas públicas de saúde, no capítulo 4, seção 4.2. Por ora, basta-nos perceber que a titularidade nos remeterá a diferentes espécies de justiça, o que, sem dúvida, influenciará a definição de critérios.

¹³⁷ Art. 3º III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 217. SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. n.º 22, set./dez., 1995. p. 16.

direitos iguais a todos¹³⁹. Isto porque o direito prestacional à saúde deve ser garantido previamente à distribuição democrática de bens pelo Poder Legislativo¹⁴⁰.

Assim, uma violação ao direito à saúde – por exemplo, ao negar-se o fornecimento de um medicamento previsto na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)¹⁴¹, cujo não provimento coloca em risco a vida daquele que requer o mesmo – pode ser reconduzida por meio de uma ação individual cujo objeto será o fornecimento do medicamento¹⁴². Nesse caso, estamos diante de um direito prestacional à saúde em seu aspecto individual. A titularidade individual é importante, pois as necessidades de cada pessoa podem variar fortemente de caso a caso “e a padronização pode resultar em inevitável exclusão de tratamento da doença em algumas situações”¹⁴³.

A dimensão individual do direito de prestações em saúde é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, com destaque para o julgamento de Relatoria do Ministro Celso de Mello, em que admite o acesso à política de medicamentos, no caso de portador do vírus HIV, como “direito subjetivo inalienável” (art. 5º e art. 196 da CF/88) de todos aqueles que comprovem não ter condições, tendo a obrigação o Poder Público de realizar o fornecimento de medicamentos às pessoas (indivíduos)¹⁴⁴. Da mesma forma, o STF reconhece à coletividade o

¹³⁹ ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2012, p. 349.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 350.

¹⁴¹ Para ajustar o fornecimento de medicamentos pelo Estado às necessidades do Brasil, adota-se a Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME). Fundada com base nos maiores problemas de saúde do país e contando com os medicamentos básicos disponíveis para o tratamento, essa relação deve ser continuamente atualizada. A RENAME é composta pela Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica; Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; Relação Nacional de Insumos; Relação Nacional de Medicamentos de Uso Hospitalar, conforme o art. 1º da Portaria n.º 533 do Ministério da Saúde. A manutenção e a reorientação da RENAME conta com a garantia que a oferta de medicamentos seja eficaz, seguro e com qualidade, devendo a política de fornecimento de medicamentos ser tutelada pelo órgão sanitário responsável, ANVISA. Em outras palavras, para ser parte dessa política pública é necessário que o medicamento tenha o seu uso autorizado pela ANVISA. BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 3916 de 30 de outubro de 1998**. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso: 10.5.2013. BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 533 de 22 de março de 2012**. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome_pt_533_2012.pdf> Acesso: 10.5.2013. Quanto à lista de medicamentos: BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação de Medicamentos Essenciais (atualizada em 27.9.2012)**. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/anexos_renome_2012_pt_533_27_09_12.pdf> Acesso: 10.5.2013.

¹⁴² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 43.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à promoção e proteção da saúde. **Direitos Fundamentais & Justiça**. n.º 10, jan./mar., 2010. p. 222.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 271286-8/RS**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 12.09.2000. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>> Acesso: 15.12.13.

direito prestacional à saúde, vislumbrando a ação civil pública como instrumento processual idôneo para isso¹⁴⁵.

É importante admitirmos a dimensão individual do direito prestacional à saúde, pois, independentemente da “categoria” de direitos fundamentais, civis ou políticos, econômicos, sociais e culturais, é a pessoa, individualmente considerada, que é o titular por excelência desses direitos. Ao percebermos essa dimensão, não negamos a existência de uma dimensão coletiva. Tampouco ao aceitarmos a dimensão individual e, portanto, admitirmos a possibilidade da judiciabilidade por um indivíduo do direito prestacional à saúde, estaremos, por outro lado, atacando a sua dimensão coletiva, tese comumente argumentada por aqueles que pretendem restringir a intervenção judicial às demandas coletivas¹⁴⁶.

Não parece haver dúvidas de que a promoção do direito à saúde, por meio de prestações estatais, terá que, necessariamente, atender à saúde na sua integralidade, assegurando “alguns parâmetros de construção de um mínimo existencial”¹⁴⁷. Trata-se do direito do indivíduo de exigir tais prestações do Estado, o qual tem o dever jurídico de oferecê-las. No entanto, esse dever do Estado é em face de todos aqueles que se encontram em situação equiparável¹⁴⁸.

De outro lado, observamos a dimensão coletiva do direito prestacional à saúde. Geralmente, essa dimensão está associada e representa um somatório de indivíduos, em condições semelhantes, exigindo o cumprimento de uma prestação pelo Estado. Nesse caso, os sujeitos envolvidos são individualizáveis, embora o exercício se dê por meio de uma pessoa jurídica (entidade) pela coletividade¹⁴⁹. Aproxima-se da ideia de interesse individual homogêneo que, para os fins propostos, corresponde à dimensão individual.

A dimensão coletiva caracteriza-se, na nossa proposta, pela titularidade pertencer a uma coletividade¹⁵⁰; entendemos que a coletividade é o titular do direito, não sendo possível identificar os indivíduos envolvidos¹⁵¹. No campo do direito prestacional à saúde nós temos a atribuição da titularidade do direito à saúde a grupos ou entidades coletivas, sendo ligada à ideia de dimensão coletiva como difusa ou transindividual¹⁵².

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 809018/SC**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ. 25.09.12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 163.231/SP**. Rel. Min. Mauricio Correa, DJ 26.06.01.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 216.

¹⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., 2008. p. 147.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 148.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 148.

¹⁵⁰ ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2012, p. 72-73.

¹⁵¹ Ibidem, p. 73.

¹⁵² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na ordem contemporânea**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 163-164.

A titularidade individual homogênea está ligada à sua utilidade, mais do ponto de vista do direito processual do que propriamente à ideia de direito coletivo. Nesse sentido, cabe a lição de Teori Zavascki:

Direito coletivo é direito transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles. “Coletivo”, na expressão “direito coletivo”, é qualificativo de “direito” e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já quando se fala em “defesa coletiva” o que se está qualificando é o modo de tutelar o direito, o instrumento de sua defesa.¹⁵³

A diferença, ao nosso viés, entre o individual e o coletivo, nos moldes propostos nesta seção, é o modelo de justiça a que está associada cada espécie de titularidade. A dimensão coletiva do direito prestacional à saúde está ligada à noção de justiça distributiva¹⁵⁴. Na titularidade coletiva, em função de sua característica difusa ou transindividual, não é examinada se uma prestação atende ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana ou a uma vida decente e, sim, à razoabilidade da prestação requerida.

No caso da dimensão coletiva do direito prestacional à saúde, não temos um bem divisível¹⁵⁵. Por exemplo, na Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal, visando à inclusão do procedimento de transgenitalização, em defesa, portanto, de um direito transindividual¹⁵⁶. O julgamento da demanda, neste caso, ainda que positivo, não determina, especificamente, quais serão os sujeitos beneficiados. O resultado apenas incluirá, ou não, no rol das políticas públicas de saúde o procedimento de transgenitalização.

No exercício da titularidade coletiva da saúde, a Corte Constitucional da África do Sul serve como referência; isto porque não há o exercício da titularidade “puramente” individual, muito embora seja aceita titularidade coletiva, individualizável ou não; diferentemente, no Brasil, são aceitas a titularidade coletiva ou a titularidade individual. De uma forma geral, na

¹⁵³ ZAVASCKI, Teori. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa**. ano 32, n.º 127, jul./set., 1995. p. 84.

¹⁵⁴ ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2012, p. 347.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 82.

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9**. Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios. DE 23.08.07. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1838268&has_h=a3e1f66fbd7cfb9f211d00cc73ba3912> acesso: 04.11.08. Em 10 de dezembro de 2007 a Ministra do STF Ellen Gracie, na Suspensão de Antecipação de Tutela nº 185-2, suspendeu a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 185-2**. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 10.12.07.

citada Corte Constitucional, demandas promovidas por associações civis em defesa dos direitos sociais são comuns.

Um exemplo dessa corte é o *Minister of Health* contra *Treatment Action Campaign*, em que uma demanda coletiva movida por Organização Não Governamental requeria que o medicamento Nevarapina (fármaco utilizado no tratamento da AIDS) pudesse ser prescrito em toda a rede pública hospitalar para mães e recém-nascidos¹⁵⁷. Neste caso, afirmou-se pela existência de um núcleo essencial como parâmetro possível da aferição da razoabilidade da política pública em implementação. Em decorrência disso, decidiu-se pela razoabilidade no fornecimento e no dever de universalização na distribuição do medicamento¹⁵⁸. De forma distinta, se estivéssemos diante de sujeitos individualizados, teríamos que avaliar o mínimo existencial na prestação do direito à saúde.

Diferentemente da dimensão individual, na coletiva, não é possível auferir a violação de um mínimo existencial em termos de direito prestacional à saúde, pois a titularidade coletiva desse direito é difusa ou transindividual, não sendo possível mensurar individualmente a violação concreta da dignidade da pessoa humana e/ou mínimo existencial.

Com base na titularidade coletiva, examina-se se há razões suficientes para demonstrar que o tratamento ou medicamento é ofertado pelo Estado de forma suficiente às necessidades de um determinado grupo ou classe de pessoas – é o caso de um processo de distribuição de bens. Tanto a titularidade individual quanto a titularidade coletiva são admitidas no direito prestacional à saúde; entretanto, cada espécie de titularidade realizará uma forma diferente de justiça.

Diante do que foi exposto, concluímos: a) tanto direitos sociais quanto direitos civis admitem a coexistência da titularidade individual e coletiva; b) é admissível titularidade coletiva e titularidade individual do direito prestacional à saúde (art. 196 da CF); b.1) a titularidade individual associa-se à justiça compensatória (art. 3º, III da CF) (mínimo existencial); b.2) a titularidade coletiva associa-se à justiça distributiva (distribuição de bens e serviços); c) o caso dos interesses individuais homogêneos está ligado à titularidade individual; d) a titularidade coletiva pode ser transindividual ou difusa; e) a titularidade gerará diferentes reflexos no campo da exigibilidade.

¹⁵⁷ AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Minister of Health vs TAC**. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/16.html>> Acesso: 06.12.13. Chama atenção que na África do Sul é vedada a demanda individual, embora seja admitida a coletiva titularizada por pessoas individualizáveis ou não.

¹⁵⁸ AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Minister of Health vs TAC**. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/16.html>> Acesso: 06.12.13.

2.2.5 A dimensão objetiva do direito à saúde

Com base no art. 196 e seguintes da CF/88, remontam-se duas dimensões do direito prestacional à saúde: a subjetiva (seção 2.2.3) e a objetiva¹⁵⁹. Trata-se do chamado “caráter duplo dos direitos fundamentais”¹⁶⁰. Nesta seção, intentamos identificar a dimensão objetiva do direito à saúde com base na CF/88. Para tanto, todavia, necessitamos estabelecer uma definição de dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹⁶¹.

O ponto de partida é afirmarmos que os direitos sociais, previstos na ordem jurídico-constitucional brasileira, são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade¹⁶². Assim, há garantias na CF/88 que não contêm direitos individuais, extrapolando a relação entre o Estado e os indivíduos¹⁶³. Os direitos fundamentais operam como verdadeiros referenciais axiológicos para a atuação estatal, funcionando como limite para o poder e diretrizes para a ação estatal¹⁶⁴, correspondendo essa ideia à dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva é pensada como complemento e suplemento da dimensão subjetiva, produzindo efeitos jurídicos “na medida em que se retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjetivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para Estado, sem a correspondente atribuição de direitos aos indivíduos”¹⁶⁵. Essa dimensão tem o condão de reforçar a imperatividade dos direitos fundamentais e alarga a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na vida em sociedade¹⁶⁶.

Consideramos que o caráter objetivo do direito prestacional só tem lugar com os conteúdos normativos, as garantias ou os deveres. A perspectiva objetiva possui uma

¹⁵⁹ Sobre a reflexão filosófica da objetividade dos direitos fundamentais: ARANGO, Rodolfo. A objetividade dos direitos fundamentais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol 1, n.º 5, 2007.

¹⁶⁰ HESSE, Konrad, op. cit., p. 228.

¹⁶¹ Diz Alexy “O conceito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é tudo, menos claro. Um indício exterior para isso é uma desordem terminológica [...] ‘ordenamento de valores objetivo’, ‘sistema de valores’, ‘decisão fundamental jurídico-constitucional’, ‘direitos fundamentais como normas objetivas’, ‘linhas diretivas e ‘impulsos’” ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 201.

¹⁶² HESSE, Konrad, op. cit., p. 228.

¹⁶³ KELBERT, Fabiana, op. cit., p. 48.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 141-142.

¹⁶⁵ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2012, p. 109.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 109.

conotação valorativa ligada à responsabilidade comunitária dos indivíduos¹⁶⁷; em outras palavras, “objetivar significa legitimar valores reconhecidos pela comunidade e aplicáveis pelos intérpretes”¹⁶⁸. Os direitos fundamentais objetivos reconhecem garantias que não contêm, em tese, direitos individuais ou que garantam direitos individuais¹⁶⁹. Portanto, a definição da objetividade do direito fundamental deve ser formulada de tal forma que contenha apenas normas exclusivamente objetivas, isto é, que não concedam nenhum direito fundamental na forma de direitos subjetivos¹⁷⁰.

A perspectiva da objetividade dos direitos fundamentais inspira-se na doutrina e jurisprudência germânica. O caso Lüth¹⁷¹, de 1958, é significativo na afirmação da objetividade dos direitos fundamentais. Interessa-nos, especialmente, a consideração de que a Constituição não é um documento neutro em termos de valores¹⁷². Quando a CF/88 trata dos direitos fundamentais, estabelece uma ordem objetiva de valores, e tal ordem empodera os direitos fundamentais na sua efetivação. Tais valores devem ser vistos como uma decisão fundamental constitucional capaz de influenciar todas as esferas dos direitos, sejam as

¹⁶⁷ SCHMITT, Cristiano Heineck. A invocação dos direitos fundamentais no âmbito das pessoas coletivas de direito privado. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 37, n.º 145, jan./mar., 2000. p. 57.

¹⁶⁸ STUMM, Raquel Denize. **O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 125.

¹⁶⁹ HESSE, Konrad, op. cit., p. 228-229. ALEXY, op. cit., 2010, p. 203.

¹⁷⁰ ALEXY, op. cit., 2010, p. 203.

¹⁷¹ Veit Harlan era um popular diretor de filmes durante o regime nazista e notável produtor de filmes antissemitas. Em 1950, ele dirigiu um filme chamado *Immortal Lover*. Então, o diretor de informação de Hamburgo e membro ativo de um grupo que buscava sanar as diferenças entre cristãos e judeus, Erich Lüth, sentiu-se ultrajado com a reparação pós-guerra de Harlan como diretor de filmes. Lüth entrou em contato com os distribuidores e produtores de filmes para que boicotassem *Immortal Lover*. O resultado foi que o filme foi um fracasso de público. Em razão disto, Veit Harlan, junto com os empresários, recorreu ao Judiciário, alegando que a atitude de Lüth violava o  826 do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) que diz: “Wer in einer gegen die guten Sitten verstoenden Weise einem anderen vors tzlich Schaden zufugt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.” (Aquele que causar dano a outra pessoa intencionalmente e de forma ofensiva à ordem pública é obrigado a compensar a outra pessoa pelo dano) (traduo nossa). Harlan foi vitorioso em todas as instâncias ordinárias. No entanto, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, alegando a violao da liberdade de expressão. Esse Tribunal decidiu favoravelmente a Lüth com base na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na eficácia horizontal e na necessidade de ponderao no caso de colisão de princípios. KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durham: Duke University, 2012. p. 442-450. Também: MARTINS, Leonardo. **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005. p. 381-395.

¹⁷² “Direito Constitucional cria regras de atuao e decisão política; ele dá a política pontos de referência dirigentes, mas ele não pode substituí-los. Por isso, a Constituio deixa espao para a atividade das foras políticas. Se ela não regula numerosas questões da vida estatal, ou somente em traos, então nisto não está somente a renúncia   normalizao determinante ou uma remissão   atualizao concretizadora, mas, muitas vezes, também garantia com fora constitucional de discussão livre e decisão livre dessas questões. Para que essa liberdade não possa ser transmutada em unidade que exclui estabelecimentos de objetivos alternantes e não mais acessível à atividade de foras diferentes, procura a Constituio, por esse modo, assegurar suas fixaes materiais, organizacionais e procedimentais”. HESSE, Konrad, op. cit., p. 42.

públicas, sejam as privadas. Do mesmo modo, servem como base e medida para o Legislativo, à Administração Pública e até mesmo ao Poder Judiciário¹⁷³.

A despeito disso, reconhecemos a tese de Alexy ao dizer que “a cada dever-jurídico fundamental vinculativo do estado, tenha esse um caráter definitivo ou meramente prima facie, fundamentalmente, correspondem direitos fundamentais em forma de direitos subjetivos”¹⁷⁴, tese que vai ao encontro da nossa perspectiva de direito subjetivo fundamental (seção 2.2.3).

Na ótica objetiva, a CF/88 contém diretrizes e critérios para a planificação e produção das políticas públicas de saúde¹⁷⁵ pelos órgãos de formação da vontade política. Embora exista a liberdade de conformação pelos órgãos estatais democraticamente eleitos, a manifestação de vontade do Poder Constituinte deve ser respeitada¹⁷⁶. Objetivamente, o direito à saúde serve de guia a toda criação normativa, servindo, também, como limite a esta¹⁷⁷. Segundo Vieira de Andrade¹⁷⁸, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais apresenta três corolários: as garantias institucionais, a eficácia externa¹⁷⁹ e o dever estadual de proteção.

O direito à saúde tem, como garantia institucional, o Sistema Único de Saúde, previsto no art. 198 da CF/88¹⁸⁰ e regulamentado pela Lei n.º 8080/90. Trata-se de um conjunto

¹⁷³ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A., op. cit., p. 444.

¹⁷⁴ ALEXY, op. cit., 2010, p. 210. No Brasil: SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., 2009, p. 185-186.

¹⁷⁵ A objetividade dos direitos fundamentais não torna tais deveres ou valores absolutos. O Prof. Arango faz crítica ao conceito de direito fundamental objetivo; isto porque as teses defendidas, em geral, reduzem a objetividade dos direitos fundamentais a fatos culturais ou normas positivas. Ele defende a objetividade dos direitos fundamentais a partir de um método holístico e coerente que compartilha valores epistêmicos que podem ser justificados racionalmente. Parte do pressuposto de que o conceito de direitos fundamentais sustenta-se sobre posições normativas baseadas em razões e juízos de valor sobre a sua importância para o sujeito, dado o risco do contexto. Utiliza, como exemplo, o caso de aborto de mulheres que sofreram estupro, na Colômbia. É possível afirmar a objetividade contextual do direito à autonomia da mulher sobre seu corpo em certas situações particulares, como haver sofrido um estupro face à negação da objetividade do direito do ser em gestação em ter garantida a sua vida. ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2007, p. 231-233.

¹⁷⁶ HESSE, Konrad, op. cit., p. 242-243.

¹⁷⁷ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos Sociales y Positivismo Jurídico**. Madrid: Dykinson, 1999. p. 138.

¹⁷⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 134.

¹⁷⁹ Quanto à eficácia externa, ela é comumente associada ao efeito horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*), que não é objeto desta pesquisa. V. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direitos Privados**. Coimbra: Almedina, 2012.

¹⁸⁰ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem

jurídico-normativo que regula a saúde e deve ser o lineamento básico ao complexo normativo de direito ordinário¹⁸¹. A própria CF/88 estabelece, portanto, os parâmetros para a regulamentação do direito prestacional à saúde¹⁸².

Além disso, o direito prestacional à saúde torna-se um “dever de ação” do Estado, tarefas que o Estado deve desenvolver normativamente pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judicial¹⁸³. Nesse caso, a CF/88 estabelece regras e impõe deveres às entidades públicas (art. 196 e seguintes da CF/88) na promoção da saúde no Brasil. A própria norma constitucional elege como destinatário dos deveres prestacionais o Estado¹⁸⁴, conforme o art. 196 da CF/88¹⁸⁵. Dá-se relevo à existência de deveres de proteção/promoção do direito fundamental à saúde perante terceiros¹⁸⁶.

Apesar de instituir ao Estado o dever de promoção e proteção da saúde, a CF/88 não especificou o conteúdo abrangido pelo direito prestacional à saúde. A ausência da definição reflete, diretamente, na conformação legislativa e administrativa para a realização do dever do

transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. § 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. § 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. § 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

¹⁸¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p.134-135.

¹⁸² FILCHTNER, Mariana, op. cit., p. 46.

¹⁸³ QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 115.

¹⁸⁴ Apesar de, na Lei n.º 8080/90, no seu art. 2º, § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. BRASIL. **Lei Orgânica da Saúde**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso: 03.12.13. Segundo Ingo Sarlet, esse dispositivo normativo indica que “a noção de dever fundamental conecta-se assim ao princípio da solidariedade, no sentido de que a sociedade é reponsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um.” SARLET, Ing Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ingo.pdf>> Acesso: 02.12.13.

¹⁸⁵ “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” (grifo nosso). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

¹⁸⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p.138.

Estado¹⁸⁷. Com base em alguns elementos textuais da CF/88, percebemos que a noção de saúde é alinhada com a proposta da Organização Mundial de Saúde (OMS), que a define da seguinte forma: “saúde é o estado de mais completo bem-estar, físico, mental e social, e não apenas ausência de enfermidade”¹⁸⁸. Assim, além do espectro curativo da saúde, essa definição abarca deveres de promoção e proteção à saúde.

Ao interpretarmos o dispositivo constitucional do art. 196 da CF/88, é possível aduzirmos que o dever do Estado assegura prestações as quais visem à prevenção de doenças e, ao utilizar os termos “redução” e “proteção”, ações que devem evitar o surgimento da doença ou o dano à saúde. Também permite configurar uma visão “curativa” de saúde, conforme o termo “recuperação”¹⁸⁹, garantindo acesso, pelos indivíduos, aos meios que possam promover a cura ou propulsionar uma melhoria na qualidade de vida¹⁹⁰ daqueles que são portadores de uma determinada doença.

A dimensão objetiva do direito prestacional à saúde, dessa maneira, desdobra-se em dois aspectos quanto aos deveres prestacionais/promocionais. Em primeiro lugar, o direito prestacional à saúde é o direito da comunidade a medidas preventivas que, dentro do possível, evitem o adoecimento. Essas medidas corporificam-se em ações voltadas aos programas de vacinação, prevenção de doenças endêmicas e prevenção de doenças epidêmicas¹⁹¹. Em segundo lugar, o direito a prestações em saúde é, objetivamente, o direito ao provimento de alguns recursos médicos, como acesso a médicos e acesso a medicamentos essenciais para

¹⁸⁷ FILCHTNER, Mariana, op. cit., p. 81.

¹⁸⁸ VENTURA, Catarina Sampaio. O Direito à saúde internacionalmente conformado: uma perspectiva de direitos humanos. **Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Ano 2, n.º 4, 2005, p. 49- 68. p. 50. Salientamos que a perspectiva da OMS ultrapassa a visão da saúde como bem jurídico individual, correspondendo às dimensões coletiva e de desenvolvimento, reconhecendo a responsabilidade dos governos pela saúde dos povos. VENTURA, Deisy. **Direito e Saúde Global: o caso da pandemia de gripe A (H1N1)**. São Paulo: Dobra Editorial, 2013. p. 76.

¹⁸⁹ SARLET, Ing Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. Disponível em < <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ingo.pdf>> Acesso: 02.12.13.

¹⁹⁰ Devemos consignar que o direito a prestações em sentido estrito que visem à cura de pessoas acometidas de uma doença tem limites. A cura não significa o dever de total erradicação de uma doença, mas envolve as possibilidades de melhoria do paciente, bem como os cuidados indispensáveis para que sua saúde deteriore de forma que deteriore a qualidade de vida do indivíduo. Essa percepção é apresentada, e se aplica também no Brasil, pela Corte Constitucional Colombiana na demanda de um menor, portador de “parahemofilia com deficiência de fator 7”, contra o Instituto Nacional de Seguros Sociais. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-001 de 1995**. Disponível em < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-001-95.htm>> Acesso: 18.12.13. A mesma decisão é apresentada em texto do Prof. Rodolfo Arango publicado no Brasil: ARANGO, Rodolfo, op. cit, 2008, p. 99. Também, o Prof. Ingo Sarlet e a Prof. Mariana Filchtiner comentam a referida decisão, com base na publicação do Prof. Arango: , Ing Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. Disponível em < <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ingo.pdf>> Acesso: 02.12.13.

¹⁹¹ FABRE, Cécile, op. cit., p. 37.

doenças físicas e psíquicas, apropriado tratamento para doenças comuns e tratamentos de emergência¹⁹².

Diante dessa perspectiva, o Estado é o responsável pela garantia da efetividade do direito prestacional à saúde, estendendo-se, todavia, à atuação de todos os Poderes Públicos. Assim, o Estado torna-se o responsável precípua pelas ações em conformidade com o direito fundamental à saúde, mas, também, pelas omissões. Sem dúvida, a dimensão objetiva impõe o dever de assegurar um nível mínimo adequado de proteção do direito fundamental à saúde¹⁹³.

Por conseguinte, em relação à dimensão objetiva do direito à saúde, concluímos: a) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais são os valores que atuam como referenciais para os Poderes Públicos; a.1) a dimensão objetiva representa limites e diretrizes para a atuação estatal; a.2) não constituem, em tese, direitos individuais; b) tem como elementos as garantias institucionais e os deveres prestacionais/promocionais do Estado; b.1) a garantia institucional do direito prestacional à saúde é o SUS, previsto no art. 198 da CF/88; b.2) os deveres prestacionais/promocionais são instituídos no art. 196 da CF/88; c) os deveres prestacionais /promocionais do Estado são deveres de prevenção e provimento da saúde; c.1) o Estado deve ter ações para a prevenção de doenças (endêmicas e epidêmicas, além de ações de vacinação, dentre outras.); c.2) o Estado deve executar ações para o provimento de recursos médicos; d) a execução de tais ações depende das condições materiais do Estado.

2.2.6 O direito prestacional à saúde como política pública de saúde

A CF/88 vincula os Poderes Públicos à efetivação do direito fundamental à saúde, incumbindo ao Estado o dever de promoção/proteção desse direito. Dito de outra forma, a CF/88 obriga aos Poderes Públicos a aprovação de medidas legislativas e executivas¹⁹⁴ para a realização do direito à saúde.

Para tanto, o Estado elabora políticas públicas de saúde como forma de consecução dos deveres prestacionais previstos no art. 196 da CF/88. Notamos que a própria literalidade do art. 196 elucida “[a] saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante

¹⁹² FABRE, Cécile, op. cit., p. 37-38.

¹⁹³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 140.

¹⁹⁴ QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 83-84.

políticas sociais e econômicas¹⁹⁵ [...]” (grifo nosso)¹⁹⁶. Porém, salientamos que a realização de direitos sociais por meio de políticas públicas não é uma realidade de todos os direitos sociais (prestações em sentido estrito) na ordem jurídico-constitucional brasileira.

No caso do direito prestacional à saúde, a política pública, sem dúvida, é um instrumento para efetivá-lo quando a percebemos como forma de coordenar as ações públicas para a realização dos direitos dos cidadãos, como saúde, moradia, assistência social, educação etc.¹⁹⁷. Destarte, as políticas públicas tornam-se instrumentos dos Poderes Públicos que fixam e operacionalizam as prestações fáticas em matéria de direito à saúde. Assim, objetivamos compreender qual a relação que guarda o direito prestacional à saúde em relação às políticas públicas de saúde. E como a definição de políticas públicas de saúde reflete na exigibilidade do direito prestacional à saúde.

Entendemos que, para a CF/88, o Estado não se limita a produzir leis e normas gerais. A presença dos direitos que necessitem prestações fáticas do Estado, como o direito à saúde, reorganiza a própria atividade estatal, na medida em que a ordena em torno de finalidades coletivas previstas na CF/88. Essas finalidades podem ser gerais (art. 3º), ou mesmo, específicas (art. 196). Ao realizá-las o Estado constitui as condições básicas para o alcance da igualdade social e, portanto, da redução de desigualdades¹⁹⁸.

Nesse sentido, as políticas públicas são definidas como “[...] um programa ou quadro *de ação* governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas),

¹⁹⁵ Conforme Dallari, “o paradigma dos direitos sociais, que reclama prestações positivas do Estado, corresponde, em termos da ordem jurídica, ao paradigma do Estado intervencionista, de modo que o modelo teórico que se propõe para os direitos sociais é o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na economia. Assim, não há um modelo jurídico de políticas sociais distinto do modelo de políticas públicas econômicas. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. Cabe salientar que não se confundem políticas sociais com políticas econômicas – a despeito do conceito de Maria Paula Dallari Bucci. Política econômica diz respeito ao conjunto de medidas postas para atingir objetivos econômicos, enquanto as políticas sociais não são forjadas a atender necessidades que não tivessem como horizonte fatos econômicos fundamentais (produção, circulação, repartição e consumo). SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 28. No mesmo sentido, “[e]ssas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das *políticas econômicas*; antes, designam todas as atuações do estado no campo social (*políticas sociais*). A expressão *políticas públicas*, assim, designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, nesse quadro, passa a manifestar-se com *uma política pública – o direito é também, ele próprio, uma política pública*.” (grifo no original). GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 61.

¹⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

¹⁹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. n.º 13, 1996. p. 135.

¹⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. ano 35, n.º 138, abr./jun., 1998. p. 43.

cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina de governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública, ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito”¹⁹⁹. Em que pese essa definição não seja unívoca²⁰⁰, identifica-se com o papel das políticas públicas face à realização do direito prestacional à saúde. Ao tratarmos desse direito, a ênfase da definição das políticas públicas está nas ações devidas pelos Poderes Públicos para conferir-lhe efetividade, embora, neste campo, existam diversas tipologias de políticas públicas que não reconstituíam essa definição²⁰¹.

Apreendemos que as políticas públicas de saúde têm uma vinculação com a realização de objetivos estatais e, com base nisso, notamos a necessidade da sua formulação ter, como característica, a generalidade. Ou seja, a formulação de políticas públicas de saúde atenderá a todos e de forma igual. Isso se aproxima muito da definição de Ronald Dworkin, um dos primeiros juristas a se aventurar na relação entre políticas públicas e direito²⁰². Ao distinguir princípios de políticas públicas, define estas últimas como uma espécie de padrão de conduta que assinala uma meta a alcançar; geralmente, uma melhoria econômica, política ou social da comunidade. Por isto, no sistema proposto por Dworkin, as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer direitos individuais, enquanto as argumentações jurídicas de políticas públicas estabelecem metas ou objetivos coletivos²⁰³.

Todavia, salientamos que a apresentação das políticas públicas de saúde sobrepondo a política ao direito fundamental à saúde não nos parece razoável. A CF/88 contém dispositivos que estabelecem direitos fundamentais, deveres do Estado, deveres de terceiros, posições jurídicas fundamentais. A aproximação entre as políticas públicas e o direito prestacional à saúde pode associá-lo à ideia de que representa uma política (e teria apenas um sentido político), com base no entendimento de que a CF/88 consagraria direitos sociais como políticas públicas sociais²⁰⁴. Se aceitarmos esta tese, além de reduzirmos – e, muito – a

¹⁹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari, op. cit., 2006, p. 14.

²⁰⁰ No campo da ciência política e da ciência da administração, há uma longa tradição na definição de políticas públicas, representadas por diferentes modelos de políticas públicas. MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. **The Oxford Handbook of Public Policy**. New York: Oxford, 2006. SABATIER, Paul. **Theories of the Policy Process**. Cambridge: Westview, 2007. DYE, Thomas R. **Understanding Public Policy**. New York: Pearson, 2011. BIRKLAND, Thomas A. **An Introduction to the Policy Process: theories, concepts, and models of public policy making**. New York: ME Sharpe, 2011. THEODOLOU, Stella; CAHN, Matthew A. **Public Policy: the essential readings**. New Jersey: Prentice Hall, 1995. LASSWELL, Harold D. **Politics: who gets what, when, how**. New York: Peter Smith, 1950. HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. **Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: UnB, 2010.

²⁰¹ BOTELHO, Ramon Fagundes, op. cit., p. 145.

²⁰² COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 44.

²⁰³ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard, 1999. p. 22.

²⁰⁴ Há, de um lado, o direito social à saúde propriamente dito e a política pública social voltada à realização do direito social à saúde. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Tom e o Dom na Teoria Jurídico-Constitucional

efetividade dos direitos sociais, contrariaríamos o que foi dito na seção 2.2.2 (aplicabilidade imediata do direito à saúde). Ademais, o argumento da associação entre direitos sociais e atos de política permite advogar pela não justiciabilidade do direito prestacional à saúde²⁰⁵; dessarte, não nos parece um argumento aceitável com base na CF/88.

É importante retomarmos a ideia de que os direitos fundamentais sociais inscritos na CF/88 dispõem de vinculatividade normativo-constitucional²⁰⁶. Por sua vez, a política pública de saúde é o instrumento, corporificado por meio de ações governamentais, para a realização do dever do Estado com base nos parâmetros dados pela CF/88.

O Estado, dessa maneira, estabelece uma série de atividades tendentes à realização de um objetivo determinado a partir de um conjunto de normas e atos²⁰⁷. No caso do direito prestacional à saúde na CF/88, objetiva-se a redução do risco da doença a ações voltadas à promoção e à proteção da saúde – dito de outra forma, ações voltadas à prevenção e à cura de doenças (art. 196). O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro enuncia deveres de planejamento²⁰⁸ e eficiência que conduzem o Estado a atuar no campo das políticas públicas,

dos Direitos Fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 130.

²⁰⁵ KING, Jeff, op. cit., p. 201.

²⁰⁶ VALE, Luís Menezes do. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do Direito à proteção da saúde: alguns momentos fundamentais. **Jurisprudência Constitucional**. n.º 12, out/dez, 2006. p. 21.

²⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 45.

²⁰⁸ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.” **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13. GRAU, Eros Roberto. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1999. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos jurídicos do planejamento econômico**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. MONCADA, Luis S. Cabral. **A problemática jurídica do planejamento econômico**. Coimbra, Portugal: Coimbra, 1985. COUTO e SILVA, Almiro Regis do. Problemas Jurídicos do Planejamento. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 27, n.º 57, 2003. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico – aplicação e eficácia**. Porto Alegre: Sergio Antoni Fabris, 2001. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico e Direito Administrativo – o Estado e o poder econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. Ressaltamos que, a rigor, a noção de planejamento não se aplica a todas as políticas públicas. Isso porque existem políticas públicas que são um conjunto de atos e normas, com nexos, e sem o emprego de planejamento. Basta exemplificarmos com medidas provisórias que corporificam “pacotes econômicos” marcados pelo elemento surpresa e que não contêm, em si, planejamento. LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 31, n.º 122, mai.jul., 1994. p. 261, comenta em relação às políticas de estabilização econômica e o recurso ao Poder Judiciário face a flagrantes inconstitucionalidades.

como é o caso das políticas públicas de saúde²⁰⁹. O planejamento permite a coordenação, a racionalização e a unidade na atuação do Estado²¹⁰. Nesse sentido,

[...] apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e, muitas vezes, detalhados pelo Legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais cuja fruição dependa de ações.²¹¹

Diante desse quadro constitucional, o Legislador detém primazia na configuração e conformação jurídico-normativa do direito prestacional à saúde²¹²; isto porque, para a determinação de meios orçamentários e financeiros, tem domínio para a margem de ação, ou seja, a competência para o estabelecimento de prioridades²¹³, bem como a definição da legislação básica que crie o SUS, isto é, que assegure a garantia institucional. A regulamentação da estrutura básica e do funcionamento do SUS é realizada pela Lei n.º 8080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde. A autorização para a despesa na área da saúde será realizada pela Lei Orçamentária Anual, contendo uma rubrica própria voltada à saúde.

Nesse sentido, a CF/88 fixa o patamar mínimo de gastos com essa política pública (art. 198, parágrafos segundo e terceiro), apontando, portanto, as fontes de financiamento das políticas públicas de saúde²¹⁴. O financiamento das políticas públicas de saúde conta com a Lei Complementar n.º 141/2012, que dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde²¹⁵.

Em se tratando da concretização de direitos sociais por meio de políticas públicas, existe uma reserva de administração quanto à administração de prestações²¹⁶. Dessa maneira, a CF/88 estabelece a estrutura do direito prestacional à saúde e cabe aos Poderes Executivo e

²⁰⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 55.

²¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 145.

²¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 106.

²¹² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 193.

²¹³ QUEIROZ, Cristina, op. cit., 2010, p. 185.

²¹⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do, op. cit., p. 65.

²¹⁵ BRASIL. **Lei Complementar n.º 141/2012**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm> Acesso: 15.12.13.

²¹⁶ QUEIROZ, Cristina, op. cit., 2006, p. 84. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2004, p. 112.

Legislativo a definição e a priorização de prestações. A presença de diretrizes voltadas à realização de políticas públicas na CF/88 significa a opção do Legislador Constituinte pelo signo da justiça distributiva, orientando o agir estatal em comprometimento com a igualdade material²¹⁷. Essa margem de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo realiza o princípio democrático (art. 1º, parágrafo único da CF/88), pois compete àqueles escolhidos por meio do voto popular a competência para a conformação do direito prestacional à saúde²¹⁸.

Entre o direito prestacional à saúde e a política pública há um espaço de conformação político-legislativa em que os Poderes Executivo e Legislativo estabelecerão as políticas públicas de saúde; porém, isto não as torna não justiciáveis. Pelo contrário, o maior grau de densificação/concretizações dos deveres prestacionais (dimensão objetiva) do Estado permite maior vinculação e, conseqüentemente, exigibilidade do direito prestacional à saúde.

As políticas públicas são pensadas e voltadas à coletividade e organizam a atividade da Administração Pública²¹⁹ para a consecução de prestações materiais estabelecidas de acordo com razões ligadas às necessidades e aos recursos disponíveis, sem perder de vista os parâmetros estabelecidos em relação ao direito prestacional à saúde pela CF/88.

Nessa perspectiva, as políticas públicas de saúde encontram como alicerces fundamentais jurídicos (dimensão jurídica) os dispositivos constitucionais (art. 3º, III, art. 6º, arts. 196, 197 e 198) e as leis infraconstitucionais: Lei 8080/90 e Lei Complementar n.º 141/201. Além disso, as políticas públicas de saúde contam com a intencionalidade do Estado, condicionadas pelos bens materiais, naturais e financeiros disponíveis que, quando escassos, devem ser utilizados de forma eficiente e capaz de produzir prestações razoáveis, representando as dimensões políticas e econômicas²²⁰. Compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídico-constitucional brasileira, garantindo e promovendo o direito prestacional à saúde. Para tanto, necessita a implementação de ações e programas, realizando as políticas públicas de saúde²²¹.

²¹⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do, op. cit., p. 50-51.

²¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> acesso: 08.11.08.

²¹⁹ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 52-53. Ademais, “[a] função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, ao passo que as outras duas se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão.” FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 3.

²²⁰ GARCIA, Maria da Glória F. P. **Direito das Políticas Públicas**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 44.

²²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti, op. cit., p. 105-106.

Isso revelará as opções político-legislativas e quais imposições Constitucionais são derivadas da CF/88, em medidas legislativas. Portanto, “[...] não pode deixar de interpelar o direito, logo que o Estado contemporâneo seja adequadamente compreendido como Estado de direito democrático e social [...]”²²². Tais bens devem, por sua vez, permitir a união de dois princípios fulcrais – a universalidade e a igualdade, ao reconhecer ao cidadão que lhe seja oferecido um leque de serviços ligados à promoção do direito à saúde de maneira acessível (fisicamente, informativamente e financeiramente), estando este disposto a aceitar a sua qualidade, adequação e efetividade²²³.

Compreendemos que as políticas públicas de saúde, por si, não geram direitos à titularidade individual do direito à saúde. Por certo, geram posições jurídicas subjetivas que podem, por ventura, ser reconhecidas como direitos subjetivos. As políticas públicas de saúde têm como uma característica a generalidade quanto aos destinatários das prestações. Ela representa a concretização de deveres objetivos do Estado (dimensão objetiva do direito prestacional à saúde), possibilitando, inclusive, demandar a razoabilidade da prestação, visando a rever a prestação (titularidade coletiva)²²⁴.

O Estado vincula-se a partir de suas escolhas políticas por meio de políticas públicas de saúde. Em outras palavras, os serviços de saúde ofertados pelo Estado e previstos em políticas públicas geram a expectativa de sua realização. Caso o indivíduo, ao requisitá-los, não os tiver disponibilizados, causando-lhe dano, torna-se exigível²²⁵ – o que será visto de forma mais aprofundada na seção 4.2.2.

Por fim, com base no que foi explanado, concluímos: a) a CF/88, ao estabelecer o direito à saúde, comporta deveres prestacionais do Estado; b) o Estado, para estabelecer as prestações fáticas em saúde, utiliza-se das políticas públicas de saúde, compreendidas como ações governamentais e/ ou programas, para atingir os objetivos constitucionais; c) as políticas públicas de saúde contêm três condicionamentos; c.1) jurídico, por meio da CF/88, Lei 8080/90 e Lei Complementar 141/2012; c.2) político, por meio da intencionalidade do Estado; c.3) econômico – condições materiais e naturais para a realização das políticas públicas de saúde; d) entre o direito prestacional à saúde e as políticas públicas de saúde há um âmbito de conformação político condicionado pelos aspectos anteriores, porém, voltados à

²²² VALE, Luís Menezes do, op. cit., p. 15.

²²³ Ibidem, p. 15.

²²⁴ ABRAMOVICH, Victor. La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely. **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: del invento a la herramienta**. México: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006. p. 153.

²²⁵ SCHONBERG, Soren. **Legitimate Expectations in Administrative Law**. New York: Oxford, 2006. p. 29-30.

produção de prestações razoáveis; e) em relação à exigibilidade, as políticas públicas geram posições jurídicas que, caso sejam violadas – e comprovado um dano (titularidade individual) ou prestações não razoáveis (titularidade coletiva) – tornam-se exigíveis judicialmente.

2.3 Fundamentos dogmático-formais da exigibilidade do direito à saúde

2.3.1 A inafastabilidade da tutela jurisdicional

A exigibilidade do direito à saúde não se funda apenas em razões materiais, isto é, em argumentos postos a partir da própria fundamentalidade desse direito, bem como as posições jurídicas fundamentais por ele geradas. Há fundamentos previstos na CF/88 que justificam a exigibilidade para além da materialidade do direito prestacional à saúde. Trata-se daquilo que Jeff King qualificou como “institutional legitimacy”, pois se refere à legitimidade normativa do Poder Judiciário como instituição para resolver questões vinculadas à judicialização de direitos sociais²²⁶. A promoção dos direitos sociais é intrínseca ao papel institucional do Poder Judiciário e a efetivação desses direitos é um meio de legitimação de sua atividade²²⁷.

A inafastabilidade da tutela jurisdicional assegura o princípio da separação dos poderes (art. 2º), ao prever, na CF/88, art. 5º, inc. XXXV²²⁸, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”²²⁹ Precisamos definir o que

²²⁶ Em oposição a “institutional capacity”, que representa as normas jurídicas detectáveis para a resolução de demandas ligadas aos direitos sociais, aproximando-se daquilo que chamamos aqui de fundamentos dogmáticos materiais da judicialização. KING, Jeff A, op. cit., p 130.

²²⁷ Ibidem, p. 131.

²²⁸ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84.

²²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13. Apesar da referência ao inc. XXXV do art. 5º, é preciso recordar que a inafastabilidade do controle judicial estava presente no art. 141, § 4º “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. O dispositivo veio como resposta ao período autoritário consubstanciado no Estado Novo. V. SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 195-197. Segundo Pontes de Miranda, a citada norma da Constituição de 1946 foi “a mais típica e a mais prestante criação de 1946” (p. 142). V. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961. p. 142. Posteriormente, o art. 153, § 4º da CF/67 (com redação da EC n.º 1/69), que dizia “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, teve que conviver com o art. 11 do AI n.º 5/68. “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo V. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1971. p. 104-115.

representa, na efetivação do direito prestacional à saúde, a inafastabilidade da tutela jurisdicional prevista na CF/88.

Os direitos fundamentais sociais tornaram-se a matéria-prima de trabalho do Poder Judiciário no Brasil. Questões relacionadas aos direitos prestacionais, como o direito à saúde, transformam o Poder Judiciário no palco para disputas envolvendo esse direito, estabelecendo, inclusive, o meio idôneo para litigar ações tanto coletivas²³⁰ quanto individuais²³¹. O acesso ao Poder Judiciário gera um mecanismo capaz de permear toda a regulação do Estado com base na afirmação dos direitos fundamentais sociais diante de uma ordem jurídico-constitucional que adota, a partir da escolha do Legislador Constituinte, alguns objetivos fundamentais²³².

Tal direito fundamental, assegurando a possibilidade de provocar o Poder Judiciário, é um poderoso instrumento de efetivação do direito prestacional à saúde. Isso porque o Poder Judiciário, quando provocado de forma adequada é, sem dúvida, um ator responsável pela formação de políticas públicas²³³. Cabe a lição de Alexy:

Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución.²³⁴

O Poder Judiciário tem o dever de tutelar eventuais omissões ou, mesmo, ações que lesionem ou possam causar lesão ao direito prestacional à saúde. Deve fazer isso em razão de

²³⁰ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**. Vol. 89, maio, 1976. p. 1284.

²³¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 45-46. SALLES, Carlos Alberto. Políticas Públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. “A debilidade das instituições democráticas e de representação e o deterioramento dos espaços tradicionais de mediação política e social contribuiram para o traslado para a esfera judicial de conflitos coletivos, que antes eram dirimidos em outros espaços públicos ou sociais [...]”. ABRAMOVICH, Victor. La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely. op. cit., 2006. p. 150.

²³² ROBERTSON, David. **The Judge as Political Theorist: contemporary constitutional review**. New Jersey: Princeton, 2010. p. 7. ÁVILA, Humberto Bergmann. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. **Revista Eletrônica Direito do Estado**. n.º 17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf> > Acesso: 28.01.2013.

²³³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 44.

²³⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 46-47. “Como demonstra a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, de forma alguma um tribunal constitucional é impotente frente a um legislador inoperante. O espectro de suas possibilidades processuais-constitucionais estende-se, desde a mera constatação da violação da Constituição, até a formulação judicial direta do ordenado pela Constituição” (tradução nossa). ALEXY, Robert, op. cit, 2008, p. 497.

outro direito fundamental: o direito à tutela jurisdicional efetiva (sinônimo da inafastabilidade da tutela jurisdicional) do art. 5º, XXXV da CF/88²³⁵. O citado dispositivo contém uma garantia constitucional que formula um preceito constitucional. Tal garantia impõe-se com duas funções: negativa (abstenção) e positiva (proposição)²³⁶.

Com isso, o Estado deve abster-se da prática de quaisquer medidas que possam significar a restrição ou a inviabilização à fruição dos direitos fundamentais. Por exemplo, com base no art. 5º, XXXV, da CF/88, é possível afirmar que o Estado não deve adotar medidas que vedem a discussão de qualquer lesão ou ameaça de direito²³⁷. Ainda há a dimensão positiva (prestacional) da tutela jurisdicional, a partir da qual é necessário que o acesso oferecido ao Poder Judiciário “seja o mais aderente possível àquilo que seria obtido se não houvesse a necessidade de intervenção judicial”²³⁸. Essa dupla face dos direitos fundamentais revela-se nos direitos fundamentais de natureza processual e tem, como sujeito passivo, o Estado. Assim, o Estado deve assegurar as condições – instrumentos – para que seja possível o acesso ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça ao direito prestacional à saúde²³⁹. Aos direitos fundamentais sociais deve corresponder uma estrutura processual adequada e eficaz para conferir a plena realização dos direitos sociais²⁴⁰.

Isso significa dizer que a compreensão de sentido do art. 5º, XXXV da CF/88 não nos leva a uma fórmula vazia de sentido, isto é, puramente formal. Embora represente um fundamento formal em relação à exigibilidade do direito prestacional à saúde, não é, de forma alguma, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, enquanto direito fundamental, vazia de sentido por si. A sua concretização pelo Legislador Constituinte e pelo Legislador Ordinário passa a constituir posições jurídicas que se corporificam tanto na sua dimensão positiva quanto na sua dimensão negativa.

Nesse sentido, a CF/88 cria uma série de instrumentos processuais capazes de permitir o acesso ao Poder Judiciário, objetivando a efetivação do direito prestacional à saúde. A ação

²³⁵ ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 212.

²³⁶ ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 31. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Vol. I, Tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 260-261.

²³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 31.

²³⁸ Ibidem, p. 32.

²³⁹ Interessante o argumento de Abramovich e Courtis ao dizerem que, caso não existam os meios processuais adequados, não resta deslegítima a reivindicação dos direitos sociais no Poder Judiciário. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 130-131.

²⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Déficit Procedimental. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2004. p. 72.

civil pública²⁴¹, as diversas ações constitucionais, as ações específicas ligadas ao controle de constitucionalidade junto ao STF, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental são caminhos abertos para grupos legitimados²⁴² questionarem a omissão ou a insuficiência da prestação por parte dos Poderes Legislativos e Executivo²⁴³. Além disto, qualquer cidadão pode se utilizar de uma ação ordinária, de um mandado de segurança ou, para ter acesso ao STF, de um recurso extraordinário cabível²⁴⁴, quando, individualmente, questiona algum dano irremediável, com base numa posição jurídica, causado a si no caso do direito prestacional à saúde.

Igualmente, a inafastabilidade da tutela jurisdicional implica um amplo rol de matérias justiciáveis, pois não há uma restrição *prima facie* a quais matérias podem ser judicializáveis²⁴⁵.

Há, portanto, o acolhimento de uma ampla sindicabilidade dos atos da Administração Pública no Brasil. A CF/88 afirma a justiciabilidade em sentido amplo, ou seja, de qualquer situação decorrente de atividade privada ou pública que ocasione ou possa ocasionar lesão²⁴⁶. Isto independentemente da existência de bases teóricas e jurisprudenciais que vedem, por exemplo, a sindicabilidade dos atos em face de oportunidade e conveniência. Entendemos que a possibilidade do acesso ao Poder Judiciário é assegurada por força do art. 5º, XXXV da CF/88²⁴⁷.

Explica-se a inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo fato de não adotarmos, no Brasil, um sistema que tenha um contencioso administrativo, como ocorre no direito

²⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Déficit Procedimental. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2004. p. 82-83.

²⁴³ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. **Interesse Público**. n.º 44, 2007. p. 32.

²⁴⁴ Importante salientar que o recurso extraordinário não constitui uma via autônoma. O citado recurso tem cabimento para a tutela do texto constitucional em feitos de qualquer natureza: ação ordinária, mandado de segurança, habeas corpus, ação civil pública, ação popular, desde que já não caibam mais recursos de natureza ordinária.

²⁴⁵ ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, op. cit., p. 312.

²⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal: Custos Legis**. Ano 1, n.º 1, 2009. p. 20.

²⁴⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67. Em sua obra opta por chamar o art. 5º, XXXV, CF/88 de princípio da unicidade da jurisdição, sendo “o não cerceamento à esfera judicial em casos de lesão ou ameaça de direitos” um de seus desdobramentos (p. 68).

francês²⁴⁸, no qual se veda o acesso ao julgamento, pelo Poder Judiciário, de controvérsias surgidas na atividade do poder administrativo²⁴⁹. Entre nós, a última palavra em controvérsias com a Administração Pública há de ser prolatada na esfera jurisdicional, produzindo-se coisa julgada²⁵⁰, sendo assegurados, positivamente pelo Estado, os meios para a intervenção judicial.

Além da disponibilização dos meios processuais idôneos a garantir o acesso ao Poder Judiciário, a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88) estipula um dever ao Poder Judiciário: o dever de resposta à possível violação, no nosso caso, do direito prestacional à saúde²⁵¹. Sendo prestada, também, ininterruptamente (art. 93, XII, CF/88²⁵²), sempre que for exigida²⁵³. Isso não significa que a prestação jurisdicional não gere nenhum percalço no exercício do direito prestacional. Sérgio Arenhart apresenta três problemas: a) legislativo (refletir se a legislação existente é adequada à espécie de demanda voltada ao Estado); b) estrutural (suficiência de recursos humanos e materiais); c) cultural (qualidade da demanda proposta e da resposta).²⁵⁴ Sem dúvida que esse rol de aspectos é fundamental para o exercício da inafastabilidade da tutela jurisdicional, sendo dever do Estado conjugá-los de forma a permitir uma prestação proporcional²⁵⁵.

No caso do direito prestacional à saúde, acentuamos a importância da efetivação da inafastabilidade da tutela jurisdicional, já que o papel do Poder Judiciário está ligado à realização dos direitos fundamentais sociais²⁵⁶. Isto tem sido amplamente demonstrado por

²⁴⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra, op. cit., p. 129-130.

²⁴⁹ WEIL, Prosper; POUYAUD, Dominique. **Le Droit Administratif**. Paris: Universitaires de France, 1994. p. 93-95. HAURIU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Paris: Dalloz, 2002. p. 463.

²⁵⁰ FREITAS, Juarez, op. cit., 2004, p. 69-70.

²⁵¹ ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., 2013, p. 35.

²⁵² “Art. 93, XII a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

²⁵³ ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., 2013, p. 35. Também citado pelo Prof. Sérgio Arenhart, p. 36, o Pacto de São José da Costa Rica, art. 8º, item 1, “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. BRASIL. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso: 20.12.13. Recepcionado pelo Decreto n.º 678/1992. BRASIL. Poder Executivo. **Decreto n.º 678/2012**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso: 21.12.13. Ainda, art. 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. BRASIL. **Declaração de Direitos Humanos de 1948**. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> Acesso: 21.12.13.

²⁵⁴ ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., 2013, p. 36-37.

²⁵⁵ Ibidem, p. 38.

²⁵⁶ ARENHART, op. cit., 2009, p. 2.

Tribunais Constitucionais ou Cortes Constitucionais que adotam a postura de intervir em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais²⁵⁷ como: Corte Constitucional da Colômbia, Tribunal Constitucional da África do Sul e Supremo Tribunal Federal (Brasil).

Com base no que foi exposto, é possível concluir: a) a CF/88 assegura o acesso ao judiciário como direito fundamental no caso de lesão ou ameaça a direito (art.5º, XXXV); a.1) o que significa o dever do Estado de prover instrumentos processuais que permitam o acesso ao Judiciário; a.2) não é possível restringir o acesso em virtude da matéria, permitindo a ampla sindicabilidade; a.3) o Poder Judiciário tem o dever de resposta à possível violação de direito; b) toda e qualquer norma constitucional torna-se justiciável; c) no caso do direito prestacional à saúde, independentemente dos argumentos materiais à sua exigibilidade, permite requerer em juízo a sua aplicabilidade; d) a inafastabilidade da tutela jurisdicional realça o papel do Poder Judiciário na efetivação do direito prestacional à saúde, quando utilizada adequadamente, pois representa a legitimidade institucional²⁵⁸ do Poder Judiciário.

2.3.2 A justiciabilidade do direito à saúde e o princípio da separação dos poderes

A justiciabilidade do direito prestacional à saúde é legitimada, também, em função do princípio da separação dos poderes²⁵⁹, previsto no art. 2º da CF/88, que diz: “[s]ão Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²⁶⁰. Da positivação do princípio à sua interpretação, há um grande distanciamento, dado que, sob a ótica do princípio da separação dos poderes, são levantadas razões contra e a favor da exigibilidade do direito prestacional à saúde.

²⁵⁷ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. New Jersey: Princeton, 2008. p. 18.

²⁵⁸ KING, Jeff A., op. cit., p. 130.

²⁵⁹ Em relação à expressão “poderes”, não há consenso. Georges Burdeau utiliza a expressão “função”, pois o Estado não tem um só poder, ele é o poder. Dito de outra maneira, o Estado representa a institucionalização do poder. BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. Tome IV (Les Regimes Politiques), Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952. FAGUNDES, Miguel Seabra, op. cit., p. 3-4. Também acerca da expressão: MÖLLERS, Christoph. **The three branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford, 2013. p. 47 e p. 80. Möllers apresenta três razões para a imprecisão da expressão “Primeira: há outras partes da sociedade, que não pertencem ao Estado, que podem também exercer poder. Segunda: o conceito de poder é aparentemente indeterminado, necessita de uma descrição mais apurada dos fatores trabalhados. Finalmente: não saberíamos avaliar diferentes quantidades de poder” (p. 80). Para a nossa pesquisa, não nos parece fundamental o nome dado ao fenômeno da divisão do Estado, seja em funções, seja em poderes. O escopo está ligado ao sentido constituído por doutrina e jurisprudência ao art. 2º da CF/88, a investigar o porquê da recorrente referência à separação dos poderes. Muito embora compreendamos a importância/relevância desse debate, a metodologia utilizada aqui nos leva apenas a referenciar o debate.

²⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

A questão ligada à proteção dos direitos fundamentais sociais pelos Tribunais é uma das mais debatidas em relação ao princípio da separação dos poderes. Talvez este aspecto, da perspectiva da separação dos poderes, seja o mais questionável também²⁶¹. A nossa dificuldade e, portanto, objetivo é perceber até que ponto a imposição judicial do direito prestacional à saúde não viola uma competência ou do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, em que pese tenhamos visto, na primeira parte deste capítulo, a aceitação ampla da justiciabilidade do direito à saúde. Nessa dificuldade reside a ambiguidade²⁶² do que doutrina e jurisprudência apresentam acerca do tema.

Importante salientarmos que o princípio da separação dos poderes é um princípio aberto à historicidade. A sua compreensão está ligada a cada ordenamento jurídico-constitucional; não se trata de dogma de validade jusnaturalista-intemporal²⁶³. As doutrinas da divisão de poderes ligadas a autores como Locke e Montesquieu ou, mesmo, do Federalista, têm pouco em comum com as dogmatizações posteriores²⁶⁴; neste sentido, “o princípio da divisão dos poderes deixa-se hoje separar da ordem estatal histórico-concreta e de seus pressupostos. Ele ganha configuração na Constituição [...]”²⁶⁵.

O princípio da separação dos poderes vem a ser uma garantia de liberdade individual precisamente porque a concentração tornaria impossível a materialização de tal liberdade. Isso assegura ao indivíduo a manutenção de sua autodeterminação²⁶⁶ por meio da previsibilidade dos atos dos Poderes Públicos. A divisão de competências entre funções/poderes estatais assegura os direitos de liberdade²⁶⁷, independentemente do contexto histórico²⁶⁸. Esta é, indubitavelmente, uma interpretação constitucionalmente adequada²⁶⁹ e se constitui como

²⁶¹ MÖLLERS, Christoph, op. cit., p. 134.

²⁶² VILE, Maurice J. C. **Constitutionalism and Separation of Powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p. 2.

²⁶³ HESSE, Konrad, op. cit., p. 368.

²⁶⁴ Ibidem, p. 368.

²⁶⁵ Ibidem, p. 368.

²⁶⁶ MÖLLERS, Christoph, op. cit., p. 51.

²⁶⁷ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 43. VILE, Maurice J.C., op. cit., p. 10. MÖLLERS, Christoph, op. cit., p.22.

²⁶⁸ Para a compreensão do papel da doutrina da separação dos poderes na história e na teoria política: ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Rio de Janeiro: Vozes, 2006. MONTESSQUIEU, Charles de. **L’esprit des lois**. Paris: Garnier-Flammarion, 1979. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. New York: Signet Classic, 1999. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contract Social**. Paris: Gallimard, s/d. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro I (leis e costumes), São Paulo: Martins Fontes, 2005. VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. **A separação dos poderes na Constituição Americana: do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória**. *Stvdia Ivridica* n.º 4, Coimbra: Coimbra, 1994. KADRI, Omar Francisco do Seixo. **O Executivo Legislador: o caso brasileiro**. *Stvdia Ivridica*, Coimbra: Coimbra, 2004.

²⁶⁹ Em que pese corresponda uma leitura liberal do princípio da separação dos poderes, conforme Bonavides: “[n]a doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não

uma garantia contra a concentração de poderes, de modo a assegurar a liberdade dos indivíduos²⁷⁰.

Para a operacionalização do direito à saúde (prestações), é adotada uma série de medidas pelos Poderes Legislativo e Executivo. A intervenção do Poder Judiciário gera uma limitação na margem de atuação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo²⁷¹. Os Poderes Executivo e Legislativo contam com uma legitimidade de origem que o Poder Judiciário não conta²⁷². Entretanto, os juízes não substituem a vontade democrática dos poderes políticos, mas examinam a idoneidade das medidas adotadas pelo Estado e seu cumprimento²⁷³.

A violação do princípio da separação dos poderes em função da intervenção do Judiciário coloca-se em questão, pois os Poderes Executivo e Legislativo definem as prestações em termos de direito à saúde. Para que isto ocorra, é necessário que os citados Poderes transformem o direito prestacional à saúde em realidade social e, portanto, façam o cotejo com a realidade financeira do Estado. Em tese, para este último exercício, o Poder Judiciário não teria capacidade de lidar.²⁷⁴

No entanto, a positivação do direito prestacional à saúde indica ao Poder Judiciário a necessidade de assegurar o mínimo aceitável²⁷⁵ para que os indivíduos tornem-se hábeis para o exercício de seus direitos fundamentais. Nesta perspectiva, é necessário um Tribunal Constitucional capaz de defender os direitos fundamentais para todos, ainda que represente a intervenção em políticas públicas, sem com isso haver violação do princípio da separação dos poderes. A negação pelos Poderes Executivo e Legislativo de um nível mínimo de assistência médica e de medicamentos pode ser contrária ao exercício de uma vida digna pelo indivíduo²⁷⁶ (art. 1º, III da CF/88). Neste caso, a intervenção do Poder Judiciário, quando provocado, é um dever, sem que ocorra nenhuma violação ao princípio contido no art. 2º da CF/88.

pode prescindir o ordenamento estatal, aparece de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade". BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 40.

²⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 40.

²⁷¹ ABRAMOVICH, Victor. La articulación de las acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely, op. cit., 2006, p. 150.

²⁷² PISARELLO, Gerardo. **La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español**. Disponível em < http://www.idhc.org/cat/documents/CursDH_2011/09_PISARELLO_Gerardo_01.pdf > Acesso: 06.12.13.

²⁷³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 126. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 22.

²⁷⁴ ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**. Vol. 113, n.º 3, jan, 2000. p. 721.

²⁷⁵ Aquilo que assegure que os indivíduos possam tomar decisões livremente. MÖLLERS, Christoph, op. cit., p. 54.

²⁷⁶ ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2012, p. 227.

Dessa maneira, a presença dos direitos sociais na CF/88 e sua aplicabilidade imediata refletem na expansão da atividade jurisdicional. A existência de uma Jurisdição Constitucional é representativa para assegurar os direitos sociais, como o direito prestacional à saúde. Afinal, o dever de efetivação dos direitos fundamentais tem, nos três Poderes, seu destinatário, embora se apregoe a cautela no reexame dessas questões pelo Poder Judiciário.²⁷⁷

Diante desse quadro, é possível notar uma dupla funcionalidade do princípio da separação dos poderes na CF/88: limitar as possibilidades de exercício arbitrário do poder (liberdades individuais) e garantir a maior eficiência na atuação do Estado²⁷⁸. Desse modo, o Poder Judiciário pode intervir no direito prestacional à saúde, no papel de fiscalizador da Constituição²⁷⁹, assegurando nem tanto a excepcionalidade da intervenção, porém uma intervenção com critérios determinados para sua atuação.

Como se pode perceber, o papel do Poder Judiciário, ao confrontar-se com uma demanda em relação ao direito prestacional à saúde, nas palavras de Avelãs Nunes, em dissertação acerca do tema, é “assegurar que o estado (sic) actua (sic) em conformidade com os procedimentos exigidos, com os princípios e com os objetivos consagrados no programa político da CRP [Constituição da República Portuguesa]”²⁸⁰. Em suma, garantir que os Poderes do Estado respeitem a normatização constitucional no processo que dará azo à formação da vontade política e das decisões políticas²⁸¹ – o que reforça a perspectiva da excepcionalidade²⁸² da intervenção do Poder Judiciário. No entanto, salientamos que isso é de menor importância; preocupamo-nos que exista o respaldo dogmático-constitucional para a

²⁷⁷ BOTELHO, Ramon Fagundes, op. cit., p. 130-131.

²⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2011. p. 34.

²⁷⁹ BOTELHO, Ramon Fagundes, op. cit., p. 134.

²⁸⁰ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12.

²⁸¹ Ibidem, p. 12-13. ABRAMOVICH, Victor. La articulación de las acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely, op. cit., 2006, p. 151. YAMIN, Alicia Ely; PARRA-VERA, Oscar. **How do courts set health policy? The case of the Colombian Constitutional Court**. Disponível em <<http://www.plosmedicine.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pmed.1000032>> Acesso: 01.12.13.

²⁸² Numa crítica ao tratamento não excepcional ao controle judicial das políticas públicas, Reis Novais apresenta lição, a qual se endossa e é fulcral ao dizer que as estratégias maximalistas dos direitos sociais e, aqui se adicione, ao recepcionar a justiça individual, geram uma grande massa de excluídos em nome dos quais se pretendia promover a justiça geral por meio das políticas públicas sociais. Não é grande a massa que recorre aos tribunais e, de tal arte, “não pode fazer um ‘uso alternativo do Direito’ porque nem sequer tem condições subjectivas e objetivas para tanto”. Afirma o autor ao chamar atenção para experiência sul-africana de judicialização das políticas públicas. NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., 2010, p. 27.

intervenção, pautado em critérios que possibilitem a universalização do acesso aos direitos prestacionais em saúde²⁸³ e a não violação do art. 2º da CF/88.

Ao analisarmos algumas decisões do STF, encontramos o entendimento expresso nos acórdãos de que o controle das políticas públicas de direitos prestacionais sociais é um controle excepcional, tendo em vista que, se assim não o fosse, violaria o princípio da separação dos poderes. Conforme aparece textualmente em alguns julgados:

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes²⁸⁴.

Entretanto, o exame dos votos nos acórdãos não evidencia o porquê desse posicionamento, já que não são apresentadas razões, tampouco deveres, ligadas ao princípio da separação dos poderes que evidencie a postura adotada. Ao fim, essa posição apenas torna razoável a sindicabilidade de políticas públicas, pois não apresenta as condições em que não haveria violação ao princípio da separação dos poderes na intervenção do Poder Judiciário em matéria de direito prestacional à saúde.

Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, na esteira dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, assumem dois compromissos: o primeiro, de permitir a participação direta da sociedade no exercício do poder político; o segundo, e mais importante, a fim de averiguar os reflexos ao princípio da separação dos poderes, é de assegurar o progresso social²⁸⁵ e uma existência digna, em vista da promoção dos direitos fundamentais sociais. Assim, o princípio da separação dos poderes, que surge como conformador e limitador recíproco dos poderes estatais em face do arbítrio, ganha o sentido de exigir-se dos

²⁸³ Essa parece a preocupação do Prof. Dr. Jacinto Miranda Coutinho ao apresentar argumentos que opõem a condução atual da intervenção do Poder Judiciário. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Da política pública ditada pelo Poder Judiciário no tocante à Saúde Pública. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Vol. 41, n.º 47, jan./jun., 2007. p. 183.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 809.018**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 10.10.2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 634.643**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 26.06.2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 417.408**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 20.03.2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 593.676**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 28.02.2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 635.619**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 06.12.2011. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 750.768**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 25.10.2011.

²⁸⁵ GARCIA, Emerson. O princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos Direitos Sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. n.º 2, XLVI, 2005, p. 955-999. p. 968.

três Poderes não somente a fiscalização recíproca e a vedação do arbítrio, mas a promoção dos direitos fundamentais sociais previstos na CF/88.

Portanto, é possível inferir o seguinte: a) na ordem jurídico-constitucional brasileira, o princípio da separação dos poderes assegura a distribuição de competências entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e impõe aos três Poderes o dever de efetivação dos direitos fundamentais; b) o Poder Judiciário pode intervir na efetivação do direito prestacional à saúde; c) para tanto, carece de critérios que possibilitem a sua intervenção sem violar o princípio da separação dos poderes; d) o Poder Judiciário deve assegurar o mínimo em prestações sem, com isso, violar o princípio da separação dos poderes.

2.4 Conclusões parciais

No primeiro capítulo, propusemo-nos a demonstrar a justiciabilidade do direito prestacional à saúde à luz da CF/88. Para tanto, dividimo-lo em duas partes: os fundamentos dogmático-materiais da justiciabilidade e os fundamentos dogmático-formais.

Dentro dos fundamentos dogmático-materiais, comprovamos a exigibilidade judicial do direito prestacional à saúde com base em argumentos sustentados na ordem jurídico-constitucional brasileira, como a fundamentalidade do direito e a sua aplicabilidade imediata. Todos os elementos apresentados conduziram-nos a concluir que o Legislador Constituinte considerou o direito prestacional à saúde um bem exigível pelo sua própria materialidade. O seu conteúdo é essencial para a afirmação do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, impondo deveres ao Estado na realização prestacional do direito à saúde.

Além disso, chamamos atenção aos diferentes desdobramentos do direito prestacional à saúde, os quais condicionarão a elaboração de critérios para o seu controle: a sua dimensão coletiva e individual, bem como a correspondência com percepções distributivas e compensatórias de justiça; a sua afirmação como direito subjetivo (e elementos caracterizadores) e como direito objetivo. Ainda, estudamos a passagem do direito prestacional à saúde às políticas públicas de saúde, elemento importante para as limitações entre política e direito.

Na segunda parte, abordamos os fundamentos dogmático-formais na perspectiva da CF/88, que a nada mais correspondem do que a legitimidade do Poder Judiciário, visto que os fundamentos aqui apresentados são comumente levantados como impeditivos à justiciabilidade. Em primeiro lugar, analisamos a justiciabilidade sob a ótica da

inafastabilidade da tutela jurisdicional, demonstrando que a CF/88 assegura que qualquer dispositivo constitucional poderá ser objeto de uma demanda, devendo ser respondida pelo Poder Judiciário e que a afirmação do direito prestacional à saúde pelo Poder Judiciário legitima a própria atividade jurisdicional. Em segundo lugar, foi nosso objeto o princípio da separação dos poderes que, compreendido na nossa ordem jurídico-constitucional, permite a intervenção judicial no caso do direito prestacional à saúde, já que o Poder Judiciário deve assegurar o mínimo em termos de prestações, condizentes com a possibilidade do exercício de uma vida autônoma.

Portanto, cremos que, com base no que foi exposto ao longo deste capítulo, não restem dúvidas sobre a possibilidade da exigibilidade judicial do direito prestacional à saúde na CF/88. Uma vez que apresentamos essa possibilidade, notamos que os direitos fundamentais geram reflexos orçamentários ao Estado, podendo a justiciabilidade comprometer ou não o orçamento. Tentaremos, no próximo capítulo, conjugar a questão dos custos dos direitos fundamentais sem comprometer a sua efetividade.

3 OS REFLEXOS ORÇAMENTÁRIOS DA EXIGIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

“Escrever sobre Finanças – eu sou o primeiro a convir: é uma coisa que deve soar de um modo pouco agradável aos ouvidos de nosso público, literalmente predisposto só para nugas e frivolidades. É um fato incontestável que a teoria das finanças... tem assumido o caráter e posição de uma espécie de doutrina esotérica, que só se pode aprender à *boca do cofre*, isto é, como Ministro da Fazenda ou candidato a semelhante cargo, posto que nesta esfera nada menos tenhamos a mostrar dos grandes financeiros”²⁸⁶

3.1 Considerações preliminares

Um aspecto recorrente à questão ligada à justiciabilidade do direito prestacional à saúde é o relacionado ao seu custo. Percebemos que é voz comum, na doutrina e jurisprudência brasileira, a afirmação de que os direitos sociais fundamentais geram custos²⁸⁷. Ou, mesmo, afirma-se que o deferimento judicial de prestações em saúde possibilita obliquamente a inefetividade de prestações previstas para a coletividade em função do comprometimento do orçamento²⁸⁸.

Por terem custos, os direitos refletem no Orçamento Público, visto que o Estado depende dele para prover o direito prestacional à saúde. Isto gera a necessidade de adequarmos os gastos aos recursos disponíveis. O Poder Público não foge a esta regra para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Assim, prestações estatais demandam recursos.

²⁸⁶ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Aracaju: Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, 1991. p. 273.

²⁸⁷ Os aspectos jurisprudenciais e doutrinários que serão referenciados ao longo do capítulo.

²⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> acesso: 08.11.08.

Na CF/88, o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA) são os meios utilizados pelo Estado para planejar a sua ação; porém, é na LOA que há a aplicação concreta de recursos na efetivação de direitos. No art. 165, § 8º e no art. 167²⁸⁹, há a disposição de que os recursos que o Estado prevê arrecadar e as despesas que estará autorizado a realizar devem constar no orçamento anual. Nesse sentido, o orçamento assegura o confronto entre os recursos possíveis e as despesas necessárias.

A aplicação de recursos tem, como consequência, a escolha de áreas, programas e projetos que sejam considerados prioritários na efetivação do direito prestacional à saúde; a escolha política adotada é corporificada com a LOA. No caso da saúde, a Constituição assegura uma estrutura financeira mínima à efetivação do seu direito, além da estrutura para a operacionalização das prestações (SUS).

Não há recursos disponíveis para todas as necessidades em termos de saúde pública, por isso são feitas escolhas políticas na alocação desses recursos – escolhas estas que não devem ser feitas arbitrariamente, mas a partir de parâmetros que as justifiquem constitucionalmente. O que pretendemos apresentar neste capítulo é, em um primeiro plano, o

²⁸⁹ “Art. 165, § 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta; IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; VII - a concessão ou utilização de créditos ilimitados; VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º; IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa. X - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. § 1º - Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade. § 2º - Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente. § 3º - A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62. § 4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

Orçamento Público como um instrumento de efetivação do direito prestacional, diante de um cenário de justiciabilidade do direito à saúde e escassez de recursos financeiros, enfatizando a importância da reserva orçamentária e a possibilidade de controle judicial; em um segundo plano, os reflexos dessa escassez na universalidade e igualdade no direito à saúde, ambas previstas no art. 196 da CF/88.

Devemos nos questionar em que medida pode ser justiciável o direito prestacional à saúde com base nessas premissas. Com isso, demonstraremos que a justiciabilidade do direito prestacional à saúde deve ser conjugada aos seus reflexos financeiros, apresentando caminhos para determinarmos critérios para o controle judicial do direito prestacional à saúde.

3.2 Alocação de recursos para a efetivação do direito prestacional à saúde

3.2.2 As decisões orçamentárias como forma de implementação do direito à saúde

A obra de Holmes e Sunstein demonstra que todos os direitos são positivos, no sentido de que todos eles, independentemente de serem direitos de liberdade ou direitos econômicos, sociais e culturais, geram custos ao Estado²⁹⁰. Os autores expõem as fragilidades dessa dicotomia ao dizer que quase todo o direito tem um dever correlato, e os deveres somente são cumpridos quando há a possibilidade de o Poder Público fazê-los serem cumpridos, havendo, para tanto, a necessidade do desembolso de recursos do Estado²⁹¹.

A tese de Holmes e Sunstein está correta se considerarmos que as liberdades públicas demandam prestações positivas que assegurem o seu exercício. Se examinarmos, no Brasil, a totalidade de recursos que são alocados ao Poder Judiciário, às polícias e ao custo das eleições periódicas, perceberemos o quão significativo é o custo dos direitos de liberdade, tanto quanto os direitos econômicos, sociais e culturais²⁹².

Para a manutenção de qualquer que seja a geração/dimensão de direitos, o Estado necessita arrecadar (em outras palavras, precisa de recursos) para assegurar o provimento dos

²⁹⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 2000. p. 35.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 38.

²⁹² MAURICIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas** Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 59.

direitos previstos na CF/88. Tal arrecadação é possível, de forma regular, principalmente pelo pagamento de tributos²⁹³.

O Legislador Constituinte, ao optar por incluir um rol de direitos fundamentais na CF/88, gerou a necessidade de indicar as fontes para o financiamento desses direitos, bem como a necessidade de o Poder Público organizar-se para a efetivação desses direitos, dentro dos objetivos previstos no art. 3º da CF/88. Nesse sentido, por meio da despesa pública, o Estado busca reduzir as desigualdades sociais entregando “prestações públicas nas áreas da saúde e da educação, abandonando a utopia da inesgotabilidade dos recursos públicos, da viabilidade de todas as necessidades sociais [...]”²⁹⁴. A limitação de recursos financeiros para prover os direitos fundamentais passa, dessa forma, a exigir a ordenação do Estado diante de uma série de interesses políticos antagônicos²⁹⁵ que conduzem a diversas soluções, nem sempre conciliáveis, em termos orçamentários.

Diante disso, visamos a demonstrar que a decisão em termos de Lei Orçamentária Anual representa uma forma de implementação do direito prestacional à saúde, sendo fator a ser sopesado na exigibilidade desse direito.

A CF/88 assegura a fonte de financiamento dessas despesas públicas no seu título VI, capítulo I, que trata do Sistema Tributário Nacional. Todavia, isso não elenca que o Estado não possa obter receitas da exploração do seu patrimônio. Esses ingressos, contudo, representam uma faixa de menor expressão, tendo em vista que a atividade econômica pelo Estado é excepcional, em conformidade com o art. 173 da CF/88²⁹⁶.

²⁹³ “Estado fiscal é um Estado que necessita para o suporte de suas atividades e para o suporte dos direitos aos quais deve promover e quando se trata de suporte é no sentido financeiro. Contudo, sem perder de vista, como afirma Nabais, que a razão desse mesmo Estado é a realização da pessoa humana, a realização da pessoa no respeito pela sua eminente dignidade humana. Embora o Estado fiscal tenha no dever fundamental (constitucional) de pagar tributos a fonte financeira necessária à sua manutenção, o tem sem poder perder de vista que esse mesmo Estado é um instrumento da realização da dignidade humana e que esse dever constitucional de pagar tributos assenta-se num primado de solidariedade, ou seja, de compartilhamento do custo da manutenção do Estado e, em última instância, da manutenção da dignidade da pessoa humana (ou de condições para essa conservação).” NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos Direitos*. In: NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudo sobre os direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 179. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Lisboa: Almedina, 1998. “Todos os direitos sociais fundamentais geram muito custo, o que faz o Estado é apenas distribuir somente aqueles recursos que, em forma de taxas e impostos, arrecada de outros indivíduos” (tradução nossa) ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 453.

²⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito tributário e financeiro (O Orçamento na Constituição)**. Vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17-18.

²⁹⁵ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Vol 2, Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 585

²⁹⁶ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida **quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei.” (grifo nosso) BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13. É importante nos lembrarmos da lição de Washington Albino de Souza “Uma das mais discutidas formas de

Assim, se por um lado os direitos geram custos, por outro lado o Estado deve assegurar que os recursos sejam suficientes para a promoção de uma condição digna aos indivíduos. Neste sentido, independentemente da geração/dimensão, os direitos fundamentais gozam de igual força face ao orçamento, principalmente se considerarmos a desigualdade não só brasileira, mas comum a todos os Estados latino-americanos²⁹⁷.

Dessa forma, o Estado conta com um orçamento para atender ao controle dos gastos públicos, reafirmando a própria condição de Estado Democrático de Direito (art. 1º)²⁹⁸. Nele, são discriminadas as receitas e despesas públicas, que devem prezar pelo equilíbrio dos gastos, de maneira a permitir a efetivação dos direitos prestacionais sociais. No caso da saúde, a disponibilização de recursos reflete em medicamentos, tratamentos e atendimentos médicos especializados gratuitos²⁹⁹. Dito de outra forma, as decisões tomadas no campo do orçamento são essenciais para a definição das políticas públicas de saúde e, conseqüentemente, para a efetivação do direito prestacional à saúde.

O Orçamento Público brasileiro conta com três planejamentos orçamentários previstos no art. 165 da CF/88: o plano plurianual (inc. I), a lei de diretrizes orçamentárias (inc. II) e a lei orçamentária anual (inc. III). O primeiro objetiva estabelecer programas e metas governamentais de longo prazo – trata-se de lei formal dependente do orçamento anual para que possa ter eficácia, compreendendo investimentos cuja execução ultrapasse um exercício

‘intervenção’ é a realizada pelo Estado, na condição de ‘empresário’. Sua importância revela-se, especialmente, no caminho seguido pelo Neoliberalismo. Para que se preservassem os princípios liberais de ‘não intervir’ e, ao mesmo tempo, ser praticada a atividade econômica, o Estado passou a utilizar-se do expediente de criar empresas e defini-las, por lei (Decs.-lei ns. 200/900), como pessoas de direito privado, ou impor-lhes, pelo texto constitucional, o regime próprio destas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, conforme vimos (art. 173, § 1º e 2º, da CF/88). Por este expediente, o Estado atua diretamente na execução da política econômica em circunstâncias determinadas e mantendo, enquanto Estado, a sua posição absentista liberal.” SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 1999. p. 353. A despeito da excepcionalidade, em determinados setores da atividade econômica dá-se por meio de monopólios públicos (petróleo, gás natural, minérios e minerais nucleares), também há a figura dos preços públicos como o pago na conta da luz (prestação de serviços públicos – art. 21, XI e XII, art. 25, § 2º, art. 30, V c/c art. 175 todos da CF/88) e para atender imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. No primeiro caso, a atuação exclusiva do Estado tem o fim protetivo. Além disso, o ingresso de recursos, no âmbito do federalismo, existe por meio de transferências constitucionais, voluntárias e legais, sem contar com os fundos de participação dos Estados e dos Municípios, sobre o tema: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária n.º 548**. Rel. Min. Ilmar Galvão. D.J. 05.02.99. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar n.º 282**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. D.J. 17.08.07. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar n.º 259**. Rel. Min. Marco Aurélio. D.J. 19.08.04. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1106**. Rel. Min. Maurício Correa. D.J. 05.09.02.

²⁹⁷ Nas palavras de Rodolfo Arango “[o] aumento do abismo entre os ricos e pobres, entre os incluídos e os excluídos, entre os poucos participantes do desenvolvimento capitalista e os muitos abandonados a sua sorte pelo retrocesso do Estado Social de Direito, implica o aumento da criminalidade e da destruição do tecido social.” (tradução nossa) ARANGO, Rodolfo, op. cit., 2010, p. 4.

²⁹⁸ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., 2000, p. 19.

²⁹⁹ Sobre a gratuidade dos serviços de saúde: art. 43, da LOS. BRASIL. **Lei Orgânica da Saúde**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso: 03.12.13.

financeiro³⁰⁰. O segundo compreende as metas e prioridades da Administração Pública Federal para o exercício financeiro subsequente – lei de natureza formal que orienta a elaboração da Lei Orçamentária Anual³⁰¹. O terceiro, a Lei Orçamentária Anual, compreende o orçamento fiscal, o orçamento da seguridade social e o orçamento para investimento das empresas estatais por um exercício financeiro³⁰².

A organização de como serão realizadas essas despesas para a efetivação do direito prestacional à saúde depende da Lei Orçamentária Anual. Aceitamos o fato de que a LOA é uma lei formal; destarte, as previsões de despesas têm o caráter de autorização, não vinculando o Poder Executivo³⁰³. Contudo, a LOA não é uma peça ficcional, pois desempenha papel relevante, servindo como limite e condição prévia para os gastos³⁰⁴ e segue um padrão de conteúdo, pois prevê receitas e fixa despesas para a realização dos fins projetados pela política estatal³⁰⁵. Estabelece uma previsão, pois a efetiva obtenção dessas receitas depende de uma variada gama de fatores, como eficiência dos órgãos fiscais e o comportamento da economia³⁰⁶.

A implementação do direito prestacional à saúde passa pela análise dos seus custos e dos recursos disponíveis, visando a atender à integralidade desse direito. A escolha realizada, necessariamente, terá reflexos orçamentários e, neste sentido, a efetivação do direito prestacional à saúde depende das decisões orçamentárias³⁰⁷. A definição, por exemplo, dos medicamentos que serão disponibilizados ou de tratamentos que serão providos pelo SUS

³⁰⁰ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., 2000, p. 64.

³⁰¹ Ibidem, p. 66.

³⁰² Ibidem, p. 73.

³⁰³ A teoria de que a lei orçamentária é uma lei formal é capitaneada por Paul Laband, sob o argumento da necessidade de conferir ao Poder Executivo flexibilidade na execução orçamentária, evitando a exigibilidade judicial das prestações lá previstas. LABAND, Paul. **Derecho Presupuestario**. Madrid: Tecnos, 2012. p. 25-30. Para uma crítica dessa posição, amplamente: MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. CAMPOS, Francisco. Orçamento – Natureza Jurídica – Anualidade – Discriminação – Imposto de Indústrias e Profissões – Movimento econômico – Imposto sobre vendas e consignações. Revista de Direito Administrativo. Vol 71, jan-mar, 1963. Importante referir à lição de Kelsen, para o qual a norma impõe a prescrição de como uma conduta deve ser (p. 120); assim, no caso da Lei Orçamentária, apesar de representar uma autorização, ou seja, "conferir a uma pessoa o poder de estabelecer e aplicar normas" (p. 129), não perde o seu caráter de obrigatoriedade. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

³⁰⁴ GIACOMI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 288.

³⁰⁵ BALEEIRO, Aliomar, op. cit, p. 583.

³⁰⁶ MAURICIO JUNIOR, Alceu, op. cit., p. 104.

³⁰⁷ Para se ter ideia, em relação ao Orçamento de 2014, estima-se o montante de R\$ 2.467.589.444.955,00 (dois trilhões, quatrocentos e sessenta e sete bilhões, quinhentos e oitenta e nove milhões, quatrocentos e quarenta e quatro mil, novecentos e cinquenta e cinco reais)³⁰⁷. Deste, o Orçamento fiscal representa 1.066.252.289.590,00 (um trilhão, sessenta e seis bilhões, duzentos e cinquenta e dois milhões, duzentos e oitenta e nove mil, quinhentos e noventa reais). BRASIL. **Projeto de Lei Orçamentária Anual (exercício financeiro de 2014)**. Disponível em http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2014/Texto_Projeto_lei_PLOA_2014.pdf> Acesso: 03.01.14.

passam pela previsão de recursos destinados para essas prestações. É com base nas previsões orçamentárias em relação às despesas e receitas que o Estado pode corporificar o direito prestacional à saúde por meio de políticas públicas de saúde. Salientamos a lição de Sunstein e Holmes “A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs.”³⁰⁸

O Estado não pode realizar despesas excluídas dos gastos previstos na LOA, salvo com autorização legislativa (art. 165, § 8º)³⁰⁹. “O orçamento viabiliza o confronto prudente e seguro dos recursos possíveis com as despesas necessárias, permitindo maior visibilidade dos critérios utilizados na alocação.”³¹⁰ A implementação do direito prestacional à saúde depende diretamente das decisões orçamentárias e as prestações em saúde, previstas a partir do art. 196 da CF/88, dependem de específicas alocações de recursos para que o Estado possa tornar efetiva a sua política pública de saúde³¹¹.

A LOA deixa claro o processo político-legislativo da decisão orçamentária para que haja a proteção de um mínimo exigível para uma vida decente em termos de direito prestacional à saúde. Dentro da dinâmica orçamentária, o processo deve providenciar aos indivíduos um mínimo vital em termos de prestações e assegurar o controle de eventual abuso de poder do Executivo e do Legislativo³¹².

As decisões contidas na LOA, em relação ao direito prestacional à saúde, representam uma forma de sua implementação. O Orçamento Público deve ser vislumbrado como um instrumento de alocação de recursos do Estado; porém, esse instrumento é um meio pelo qual o Estado provê as necessidades básicas em termos de direitos fundamentais³¹³. É importante percebermos que “[p]ublic budgets are more than a collection of numbers, they are a declaration of a community’s or nation’s priorities. From a human rights perspective, budgets are the concrete means by which governments either fulfill or violate human rights requirements”³¹⁴.

³⁰⁸ “Um direito legal existe, na realidade, apenas quando e se tiver custos orçamentários”. SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen, op. cit., p. 19.

³⁰⁹ “Art. 165, § 8º - Os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

³¹⁰ MAURICIO JUNIOR, Alceu, op. cit., p. 87.

³¹¹ Ibidem, p. 87.

³¹² KING, Jeff, op. cit., p. 62.

³¹³ SHULTZ, Jim. **Promises to Keep: using public budgets as a tool to advance economic, social and cultural rights**. México: Ford Foundation and FUNDAR – Center for Analysis and Research, 2002. Disponível em <<http://www.internationalbudget.org/themes/ESC/FullReport.pdf>> Acesso: 02.02.14. p. 10.

³¹⁴ “Orçamentos públicos são mais do que um aglomerado de números, eles são a declaração de prioridades de uma comunidade ou nação. Na perspectiva dos direitos humanos, orçamentos são os meios concretos pelos quais o Governo pode preencher ou violar os direitos humanos.” (tradução nossa) Ibidem, p. 10.

As escolhas orçamentárias dos Poderes Executivo e Legislativo determinam o quanto será disponibilizado para a realização do direito à saúde. É por meio dessas escolhas que os Poderes Executivo e Legislativo definem o *que* é faticamente prestado. A decisão, no campo da LOA, permite alcançar os objetivos previstos na CF/88, buscando uma forma de preencher a lacuna que há no campo do direito prestacional à saúde entre pobres e ricos no Brasil com bem-estar promovido pelo Estado³¹⁵.

Nessas perspectivas, concluímos: a) todos os direitos geram custos, independentemente de sua geração/dimensão; b) para a efetivação do direito prestacional à saúde, é necessária a disponibilização de recursos financeiros; c) os recursos do Estado são organizados por meio do Orçamento Público; d) o Orçamento Público é composto pelo PPA, LDO, LOA; e) as previsões constantes na LOA definem o quanto poderá ser investido para a efetivação do direito prestacional à saúde; f) as decisões orçamentárias são responsáveis pela implementação do direito prestacional à saúde.

3.2.3 Escassez dos recursos financeiros

Se há uma definição orçamentária, é porque os direitos não são ilimitados³¹⁶. Há, portanto, a necessidade da alocação de recursos para a sua prestação. Diante dessa realidade, é inadequada a percepção “maximalista”, isto é, de que o direito prestacional à saúde “deve ser, em toda e qualquer situação, satisfeito preterindo-se quaisquer outros [...]”³¹⁷. O Estado disponibiliza recursos financeiros que são fundamentais para assegurar a efetividade do direito prestacional à saúde e, sem esses recursos financeiros, as prestações em direito à saúde tornar-se-iam promessas constitucionais.

Há um quadro de impossibilidades³¹⁸ para a efetivação do direito prestacional à saúde que deve ser considerado. Conforme João Loureiro, existem três limites fáticos: “a) meios econômico-financeiros; b) escassez de órgãos; c) tecnologias disponíveis”³¹⁹. O primeiro, objeto deste representa a limitação orçamentária do Estado e as escolhas político-legislativas

³¹⁵ SHULTZ, Jim, op. cit., p. 22.

³¹⁶ GIMÉNEZ, Teresa Vicente, op. cit., p. 98.

³¹⁷ VELLOSO, Andrei Pitten. O papel dos princípios na interpretação: argumentação jurídica e sistema jurídico. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. V. 27, n.º 58, 2004. p. 26.

³¹⁸ Acerca da teoria da impossibilidade, Clóvis do Couto e Silva exauriu o tema, sob o significado da impossibilidade relativa e da impossibilidade absoluta. A primeira, quando falta ao devedor meios para prestar. Já a impossibilidade absoluta, nem o devedor nem outra pessoa pode prestar. COUTO e SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 98-99.

³¹⁹ LOUREIRO, João Carlos, op. cit., 2008, p. 58.

na realização do direito à saúde. O segundo está ligado ao tema dos transplantes, a partir da escassez de órgãos. O terceiro trata das possibilidades técnicas que entendemos estritamente ligadas ao orçamento estatal³²⁰.

Por questões metodológicas, concentramo-nos no primeiro limite, pretendendo demonstrar que há escassez de recursos financeiros, o que é suficiente para tornar tal argumento significativo no tema da justiciabilidade do direito prestacional à saúde.

A questão ligada aos custos dos direitos, face ao que se pode exigir razoavelmente do Estado ou à omissão estatal que possa gerar um dano irremediável (direito subjetivo), deve levar em consideração algumas variáveis para que esse argumento – escassez de recursos financeiros – tenha relevância. Nesse sentido, Andrei Velloso³²¹ identifica quatro hipóteses:

- 1) há recursos suficientes nos termos da normatividade constitucional e não se verifica a exaustão da capacidade orçamentária; 2) não há recursos suficientes nos termos da normatividade constitucional, mas tampouco se verifica a exaustão da capacidade orçamentária; 3) não há recursos suficientes nos termos da normatividade constitucional e ocorre a exaustão da capacidade orçamentária; 4) há recursos suficientes no termos da normatividade constitucional mas inexistente capacidade orçamentária.

Na primeira hipótese, há recursos suficientes; portanto não poderá ocorrer nenhuma restrição em função da escassez de recursos³²². Na segunda hipótese, prepondera “a sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário perante o princípio da legalidade da despesa pública”³²³, afastando, assim, as regras orçamentárias. A complexidade aumenta na terceira e na quarta hipóteses, pois lidam com situações em que a solução demandará a eleição de uma entre as possibilidades a serem realizadas³²⁴.

Dessa forma, “[a] situação que se coloca, efetivamente, é a de saber se a impossibilidade econômica seria elisiva do direito deduzido, se ela seria suspensiva de sua exigibilidade ou se ela seria irrelevante”³²⁵. O direito prestacional à saúde não pode desconsiderar o contexto econômico, isto é, a relação entre as despesas estatais e o PIB, endividamento estatal ou mesmo a capacidade contributiva dos cidadãos³²⁶.

³²⁰ LOUREIRO, João Carlos, op. cit., 2008, p. 59-60.

³²¹ VELLOSO, Andrei Pitten, op. cit., p. 22. Também reproduzido por: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **“Custos dos Direitos” e Reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 89.

³²² VELLOSO, Andrei Pitten, op. cit., p. 23.

³²³ Ibidem, p. 23.

³²⁴ Ibidem, p. 24.

³²⁵ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas, op. cit., 2008, p. 90.

³²⁶ NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Vol. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 161.

Entendemos a escassez de recursos financeiros, basicamente, sob duas óticas: a da escassez relativa e a da escassez absoluta. A escassez relativa retrata a convivência e a disponibilidade das receitas arrecadadas pelo Estado para diversas áreas, competindo a saúde com outras áreas. A escassez absoluta é aquela em que, por maiores que sejam os recursos aplicados na saúde pública, ainda assim ficarão aquém das necessidades de todos os indivíduos³²⁷. Na saúde pública brasileira, convivemos com a escassez absoluta, em função das próprias características dessa área.

No campo do direito prestacional à saúde, é preciso considerar que há determinantes multidimensionais e complexos, demandando, assim, políticas públicas cada vez mais complexas e que envolvem diferentes setores; por exemplo, “um estudo sobre as doenças respiratórias agudas em menores de 5 anos, publicado recentemente, revelou que o risco da mortalidade por pneumonia na região do Butantã, em São Paulo, foi significativamente maior entre 1991 e 1997 nas crianças com piores condições socioeconômicas, incluindo-se as condições de moradia”³²⁸. Tais estudos, que abordam as desigualdades no campo da saúde, têm o mérito de apresentar a importância do enfoque abrangente do direito prestacional à saúde no art. 196 da CF/88, já que esse direito não se limita apenas aos serviços de saúde e aos produtos farmacêuticos³²⁹ e, em função desse caráter, tende a apresentar uma multidimensionalidade nas suas prestações.

Por certo, mesmo que fosse possível identificar as políticas mais eficientes e que garantissem um alto grau de saúde aos indivíduos, seria impossível implementá-las. As necessidades são ilimitadas e os recursos financeiros para o atendimento das demandas são escassos, vinculados à arrecadação e às escolhas públicas³³⁰. Na saúde pública, a escassez pode ser interpretada como uma condição ontológica natural, um mecanismo social e antropológico e a tradução econômica da finitude humana³³¹. As demandas humanas na saúde são infinitas, independentemente dos recursos orçamentários, ainda que todos os recursos fossem destinados ao direito prestacional à saúde³³².

³²⁷ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Vol. 52, n.º 1, 2009. p. 226-227. NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 39. SYRRET, Keith. **Law, Legitimacy and the Rationing of Health Care: a contextual and comparative perspective**. Cambridge: Cambridge, 2007. p. 17-18.

³²⁸ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino, op. cit., p. 225.

³²⁹ Ibidem, p. 225.

³³⁰ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas, op. cit., 2008, p. 119. FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino, op. cit., p. 226.

³³¹ DENNIER, Yvonne. **Efficiency, Justice and Care: Philosophical reflections on Scarcity in Health Care**. s/l: Springer, 2007. p. 34.

³³² Ibidem, p. 34-35.

Se analisarmos a escassez de recursos, para além da condição humana, ao Estado cabe limitar orçamentariamente a quantidade de recursos a serem investidos em saúde, em relação aos outros direitos sociais a serem realizados. Portanto, ainda assim, existirá uma lacuna entre aquilo que é disponibilizado em termos de prestações e a demanda dos indivíduos nos mesmos termos³³³.

Empiricamente, é preciso examinar a realidade orçamentária brasileira no campo da saúde pública para sabermos se há realmente escassez de recursos financeiros. A dotação orçamentária para o Ministério da Saúde, previsto na Lei Orçamentária Anual, exercício de 2012, foi de R\$ 91.754.806.614 (noventa e um bilhões setecentos e cinquenta e quatro milhões oitocentos e seis mil e seiscentos e quatorze reais)³³⁴, o que representa cerca de 3,77% do PIB no período (enquanto os gastos privados em saúde representam 4,9% do PIB). Trata-se de um gasto público significativo, tendo em vista o crescente aumento do investimento em saúde no Brasil, como também no comparativo com outros países latino-americanos³³⁵. Desses, foram executados, durante o exercício financeiro, cerca de 46 bilhões de reais³³⁶; esta questão torna-se de menor importância, considerando-se que, anteriormente, aceitou-se o caráter formal da LOA³³⁷.

Os dados apresentados sugerem que o financiamento e a execução orçamentária da saúde no Brasil por recursos públicos estão aquém do necessário e sem um devido aproveitamento dos recursos. Isso gera um crescente descompasso entre as necessidades da saúde da população e os custos para atendê-las, dificultando a determinação do direito prestacional à saúde.

³³³ DENNIER, Yvonne, op. cit., p. 35.

³³⁴ BRASIL. **Orçamento da União: Orçamento Fiscal e da Seguridade Social**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/Anexos/12798/L12798-13%20-%20Volume%20IV.pdf> Acesso: 10.01.2014.

³³⁵ **A saúde no Brasil e na América Latina**. Disponível em <http://www.fundacaoofia.com.br/profuturo/Uploads/Documents/Documentos/FIA%20Report%20Saude%20LATAM_vers%C3%A3o%20eletronica.pdf> Acesso: 10.01.2014.

³³⁶ BRASIL. Tesouro Nacional. **Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal e outros demonstrativos**. Disponível em <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/lei_responsabilidade/RROset2012.pdf> Acesso: 10.01.14. Lembremos da crítica de Eduardo Mendonça em relação à execução orçamentária no Brasil: “[a]ntes que se tire conclusões precipitadas a partir dessas constatações essenciais, convém fazer uma advertência: não gastar pode ser importante. Apenas não se deve tratar essa opção como um fato da vida. Não gastar é uma forma de decisão e deve receber tratamento jurídico compatível com essa condição. O grande problema da execução orçamentária no Brasil é excluir essa decisão do regime instituído pela Constituição para o tratamento das opções de emprego do dinheiro público. Isso rompe principalmente com a lógica da legalidade orçamentária e acaba esvaziando importantes decisões políticas.” MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 378.

³³⁷ Cfe. nota de n.º 307.

A real grandeza da escassez de recursos financeiros, ressaltando a importância das decisões orçamentárias e da consideração desse argumento na justiciabilidade do direito prestacional à saúde, pode ser assim demonstrada:

A magnitude do problema pode ser ilustrada com o seguinte exemplo. Tomem-se apenas as seguintes doenças: hepatite viral crônica C e artrite reumatoide. Imaginemos que o SUS, em vez de oferecer, como faz hoje, uma lista de medicamentos escolhidos por seu perfil de segurança, eficácia (faz o que se propõe a fazer em condições controladas) e *custo-efetividade* (faz o que se propõe a fazer em condições reais e no menor custo), mediante protocolo, resolvesse oferecer a todos os cidadãos portadores dessas duas doenças, conforme prevalência estimada, os medicamentos mais recentes disponíveis no mercado: Interferon Peguilado para hepatite viral crônica C e Infliximabe, Etanercepte e Adalimumabe para artrite reumatoide. Vejamos quanto custaria ao SUS adotar essa política. O Quadro 1 apresenta a estimativa do total de recursos financeiros, em reais (R\$), necessários para o atendimento a todos os pacientes portadores dessas duas doenças, estimados em 1,9 milhão de pessoas, com base nos dados epidemiológico disponíveis.
O total é de 99,5 bilhões de reais!³³⁸

Nessas perspectivas, segundo os dados fornecidos pelo levantamento realizado, os recursos necessários para o combate dessas duas doenças seria o equivalente ao total de recursos a serem investidos na saúde em 2013 no Brasil.

Podemos concluir que a escassez de recursos financeiros deve ser considerada na justiciabilidade do direito prestacional à saúde. No entanto, examinando as decisões dos tribunais superiores brasileiros, esse argumento é sopesado, mas não é levado a sério³³⁹. Ao não enfrentar a questão da escassez de recursos, por motivos que aqui não são abordados, o Poder Judiciário afeta o Orçamento Público sem que sejam consideradas as razões para a análise.

Há uma decisão, de lavra do Min. Luiz Fux, quando Ministro no Superior Tribunal de Justiça, em que defere exatamente a compra do medicamento “Interferon Peguilado” (que não consta no protocolo do SUS) para um caso de hepatite C, baseado numa posição

³³⁸ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino, op. cit., p. 235-237.

³³⁹ Em outros casos do Superior Tribunal de Justiça, são levantados argumentos orçamentários, ressaltando, inclusive, o papel do julgador ao definir prioridades orçamentárias. No entanto, sempre é mantido o fornecimento do medicamento/tratamento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.041.197/MS**. Rel. Min. Humberto Marins. DJ 16.09.09. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.409.527/RJ**. Rel. Min. Humberto Marins. DJ 18.10.13. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.136.549/RS**. Rel. Min. Humberto Marins. DJ 21.06.10. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 811.608/RS**. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 04.06.07. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 1.744/SC**. Rel. Min. Felix Fischer. DJ 26.08.13.

“maximalista” dos arts. 6º e 196 da CF/88, ao dizer que o Estado deve “propiciar aos necessitados não ‘qualquer tratamento’, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento”³⁴⁰.

Em voto-vista, vencido, o Min. Teori Zavascki aduz que o direito individual à saúde não é incondicionado, baseado na ideia de suportabilidade de um mínimo existencial, do qual o Poder Judiciário deve ser fiador. A concretização do direito prestacional à saúde deve adequar-se “às condições de atendimento do dever estatal, de acordo com a capacidade orçamentária e as demais prioridades de gastos.”³⁴¹.

Em verdade, na questão do direito prestacional à saúde, a escassez coloca-se de maneira especial, porque, quando a saúde e a vida estão em pauta, pode ser considerado que qualquer referência ao custo é repugnante ou até mesmo imoral. No entanto, a relevância do custo da saúde pública torna essa posição insustentável³⁴². Ao desconsiderar a escassez de recursos financeiros ou simplesmente ignorá-la, a justiciabilidade vai de encontro aos argumentos jurídicos e, nas palavras de Lima Lopes, “a impressão que fica é a de que os tribunais concedem, sob a linguagem do direito, aquilo que, na verdade, creem ser devido como as boas e velhas ‘obras de misericórdia’ da tradição cristã”³⁴³.

No Brasil, é posto como verdadeira a assertiva – jurisprudencial – que o fornecimento de medicamento (direito à saúde) não pode ser contrastado com questões menores como o orçamento³⁴⁴. Entretanto, não há recursos suficientes à satisfação de todos; objetivamente, há o aumento dos custos com os tratamentos médicos, a necessidade de profissionais da saúde e a disponibilização – e constante atualização da lista – de medicamentos. Também, há recursos não financeiros como órgãos, pessoal especializado e equipamentos que são escassos em comparação com a necessidade³⁴⁵.

Além disso, a ética médica requer que os médicos prescrevam qualquer ação, não importa o custo, desde que não ofereçam riscos aos pacientes. Este último elemento,

³⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n.º 24.197/PR**. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 24.08.10.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 136.

³⁴³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Os Tribunais e os Direitos Sociais no Brasil – saúde e educação. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 261.

³⁴⁴ AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 79.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 88-89.

associado ao constante desenvolvimento tecnológico na área da saúde, torna-se um fator relevante no aumento de custos nessa área³⁴⁶.

Ilustra bem o que optamos chamar de “levar a sério a escassez de recursos financeiros” a decisão da Corte Constitucional Sul-Africana, no caso Sr. Soobramoney³⁴⁷, que entendeu que a Constituição não impõe ao Estado o dever de prover a um diabético hemodiálise, considerando o direito à vida e o direito ao tratamento de emergência³⁴⁸. O apelante, Sr. Soobramoney, era portador de diabetes, sofria de problemas cardíacos e doenças cerebrais vasculares. Seus rins passaram a falhar em 1996, condição considerada irreversível pelos médicos. A sua hemodiálise foi negada pelo Hospital “Addington”, visto que, em função da escassez de recursos financeiros, o hospital apenas admitia pacientes que pudessem ser curados dentro de um pequeno espaço de tempo e aqueles que tivessem problema renal crônico, elegíveis para o transplante de rim. O Sr. Soobramoney não se encaixava nessas condições, tendo em vista seus problemas cardíacos.

Ao responder ao apelo, a Corte Constitucional entendeu que os problemas renais do apelante não exigiam tratamento imediato e, tampouco, colocavam o tratamento de doenças terminais a frente de outras ações na saúde, como políticas preventivas³⁴⁹. O direito à saúde deve ser interpretado no contexto da disponibilidade de recursos financeiros para todos os serviços de saúde, devendo o Estado assegurar, caso os recursos fossem compatíveis, o tratamento do Sr. Soobramoney a todos os indivíduos na mesma situação.

Isso não significa afirmar que essa posição deva ser transposta ao Brasil. Apenas ilustra como a questão ligada à escassez de recursos financeiros pode ser cotejada na exigibilidade do direito prestacional à saúde, garantindo a sua efetividade.

A alocação de recursos para a saúde é feita através de decisões político-legislativas, as quais consideram, também, razões profissionais e econômicas, que, quando conjugadas,

³⁴⁶ AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 90-91.

³⁴⁷ AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Soobramoney vs Minister of Health** (Kwazulu-Natal). Disponível em < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.pdf>> Acesso: 06.12.13.

³⁴⁸ “Seção 27. Health care, food, water and social security: 1. Everyone has the right to have access to: a. health care services, including reproductive health care; b. sufficient food and water; and c. social security, including, if they are unable to support themselves and their dependents, appropriate social assistance. 2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights. 3. No one may be refused emergency medical treatment.” ÁFRICA DO SUL. **Constituição Sul-Africana**. Disponível em < <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#27>> Acesso: 05.12.13.

³⁴⁹ Para Fabre a decisão do caso Soobramoney diz mais ao estabelecer condições para derrubar a decisão política, pois “Se alguém sofre inesperadamente uma catástrofe, a qual requer atenção médica imediata, que a pessoa não pode ter negada o serviço de emergência, e se a decisão estatal observando a alocação de recursos em relação à saúde pública não é razoável então o tribunal pode derrubar a decisão.” FABRE, Cécile, op. cit., p. 165-166.

podem gerar algum litígio³⁵⁰. Não há como tratar da justiciabilidade do direito prestacional à saúde, sem considerar as decisões alocativas de recursos financeiros. Se tomada apenas individualmente, não há decisão para a qual não haja recursos. Desta forma, “[...] vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos ‘nem sempre bem empregados’”³⁵¹.

Nesse sentido, para o provimento judicial, deve ser verificada a existência do tratamento nas listas disponibilizadas pelo Estado ou, se não presente nas listas, este deve ser aprovado pelas autoridades competentes. Os tratamentos experimentais que sequer possuam testes que comprovem minimamente a sua eficiência e em que o paciente pode estar sendo uma mera “cobaia”, não podem ser objeto de provimento. Ao Poder Judiciário, diante da escassez de recursos, cumpre verificar com rigor tanto a prescrição médica quanto as alegações das entidades públicas a respeito da negativa.

Este último raciocínio também se presta para o caso de melhorias no sistema, como contratação de médicos e ampliação de leitos. Deve-se verificar se há uma política que assegure a melhoria das condições e os motivos, em caso de negativa, das entidades públicas.

Diante do exposto, é possível extrair as seguintes conclusões: a) o caráter multidimensional e complexo da saúde torna todo e qualquer recurso financeiro limitado face às demandas dos indivíduos; a.1) a CF/88 incorporou, ao seu texto (art.196), uma noção ampla de direito prestacional – compreendendo a medicina “curativa” e “preventiva” – dificultando o seu cumprimento frente à escassez de recursos; b) há escassez de recursos financeiros para a efetivação do direito prestacional à saúde no Brasil; c) por representar um argumento significativo, a escassez de recursos financeiros deve ser considerada na exigibilidade do direito prestacional à saúde; d) isso não garante um papel preponderante à escassez de recursos financeiros, mas assegura a sua consideração para a elaboração de critérios para o controle judicial.

3.3 Autorização e vinculação orçamentária do direito à saúde

³⁵⁰ JOST, Timothy Stolfus. The Role of the Courts in Health Care Rationing: the german model. **Journal of Contemporary Health Law and Policy**. Vol 18, n.º 613, 2002. p. 614. AMARAL, Gustavo, op. cit., p. 137-140.

³⁵¹ AMARAL, Gustavo, op. cit., p. 147.

3.3.1 A previsão de gastos obrigatórios na saúde

Importante considerarmos que a questão da escassez de recursos financeiros só pode ser levada a sério se há, por parte do Estado, a provisão de recursos efetivos para o direito prestacional à saúde³⁵². A escassez de recursos não pode se tornar uma escusa liberalizante da realização dos direitos fundamentais sociais³⁵³, tampouco pode ter tamanha força que razões individuais não possam (direito subjetivo) superar razões financeiras, a nos encaminhar para uma concepção de Estado de custos mínimos³⁵⁴. Pelo contrário, impõe ao Administrador Público a necessidade de efetivar prestações em termos de direito à saúde.

A CF/88 previu os recursos para o custeio do direito prestacional à saúde, estabelecendo uma específica garantia financeira para a sua concretização³⁵⁵. Para tanto, assegurou um orçamento mínimo à saúde no art. 198, §§ 1º, 2º e 3º³⁵⁶, definindo as fontes orçamentárias para o custeio dos gastos com o SUS³⁵⁷.

³⁵² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 85.

³⁵³ “O discurso neoliberal postula o rompimento da concepção de *Estado de bem-estar*”. GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 62. HAYEK, Friedrich. **O caminho para a servidão**. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 134. FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and Freedom**. Chicago: Chicago Press, 2002. p. 179-181. Tampouco as razões aqui expostas advogam por um Estado de Custos Mínimos. Não desconsiderar o argumento da escassez de recursos não necessariamente representa a uma vinculação a políticas de corte de gasto público “antes de qualquer expediente voltado a aumentar diretamente a receita. Nesse sentido concordamos com o Prof. Dr. Ricardo Lucas Camargo, em capítulo dedicado ao tema “5. O Estado mínimo seria um Estado de custos mínimos?”. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas, op. cit., 2008, p. 127-128. TORRES, Ricardo Lobo. As relações entre receita e despesa na Constituição. In: In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 361. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 44.

³⁵⁴ No caso dos remédios para portadores do vírus HIV, o STF encampou a seguinte tese: “a falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Extraordinário n.º 273.834**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 02.02.2001. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 466.

³⁵⁵ NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury, op. cit., p. 83.

³⁵⁶ “Art. 198, § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes; § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º; § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. BRASIL.

Nesse sentido, procuramos demonstrar a importância dos gastos obrigatórios em matéria de direito prestacional à saúde como forma de vinculação aos Poderes Legislativo e Executivo na elaboração da LOA, gerando a possibilidade de sindicabilidade das prestações em saúde pelo Poder Judiciário por se tratar de previsão constitucional regulamentada que deve ser observada na elaboração do orçamento.

Quanto à forma de financiamento, em primeiro lugar, o art. 198, § 1º estabelece a forma de financiamento do SUS, isto é, por meio de recursos do orçamento da seguridade social, na forma do art. 195, que trata do custeio da seguridade social, sem excluir, todavia, outras fontes de financiamento. Em segundo lugar, a CF/88 prevê recursos mínimos que devem ser aplicados a gastos de saúde, direcionados a cada ente federativo, como ocorre no art. 198, §§ 2º e 3º, pendente, no entanto, de regulamentação pelo Poder Legislativo³⁵⁸. A previsão dos recursos mínimos é fruto da Emenda Constitucional n.º 29/2000 e a regulamentação dos percentuais mínimos ocorreu em 2012, por meio da Lei Complementar n.º 141/2012³⁵⁹.

Ao estabelecer essa regulamentação, o Estado brasileiro atende à previsão do art. 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assegurando a progressividade das prestações e a um orçamento mínimo para a efetivação do direito

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

³⁵⁷ NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury, op. cit., p. 85.

³⁵⁸ Omissão legislativa que era sanada por uma espécie de regra transitória para o caso do art. 198, § 3º da CF/88, por meio da aplicação do art. 77 da ADCT: “Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: I - no caso da União: *a*) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; *b*) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea *b* e § 3º. § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento. § 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei. § 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal. § 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

³⁵⁹ BRASIL. **Lei Complementar n.º 141/2012.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm> Acesso: 10.01.14.

prestacional à saúde³⁶⁰. Assim, há uma margem prevista em Lei Complementar vinculando o orçamento ao atendimento das prestações públicas de saúde, regulamentando o art. 198.

O percentual mínimo³⁶¹ a ser aplicado em saúde é chamado de gasto constitucional obrigatório, pois enumera os recursos públicos destinados a certas finalidades, também entendido como “vinculação de receitas”³⁶². No caso da Lei Complementar n.º 141/2012, há os seguintes dispositivos legais:

Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. § 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro. Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios. Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal. Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal. Art. 9º Está compreendida na base de cálculo dos percentuais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios qualquer compensação financeira proveniente de impostos e transferências constitucionais previstos no § 2º do art. 198 da Constituição Federal, já instituída ou que vier a ser criada, bem como a dívida ativa, a multa e os juros de mora decorrentes dos impostos cobrados diretamente ou por meio de processo administrativo ou judicial. Art. 10. Para efeito do cálculo do montante de recursos previsto no § 3º do art. 5º e nos arts. 6º e 7º, devem ser considerados os recursos decorrentes da dívida ativa, da multa e dos juros de mora provenientes dos impostos e da sua respectiva dívida ativa. Art. 11. Os Estados, o Distrito

³⁶⁰ Art. 2º: 1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas. BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)**. Disponível < <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/PIDESC.pdf> > Acesso: 02.12.13.

³⁶¹ Importante salientarmos que o mínimo exigível orçamentariamente não se confunde com um mínimo existencial. O Estado deve garantir o mínimo existencial (subseção 4.3.1.1), ainda que a dotação orçamentária prevista para a saúde seja integralmente aplicada a serviços de saúde. Não há, assim, a necessidade de coincidirem o mínimo exigível orçamentariamente e o mínimo existencial. TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., 2000, p. 177.

³⁶² BARROS, Maurício. Orçamento e Discricionariedade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 990-991.

Federal e os Municípios deverão observar o disposto nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas sempre que os percentuais nelas estabelecidos forem superiores aos fixados nesta Lei Complementar para aplicação em ações e serviços públicos de saúde³⁶³.

O efeito dos citados dispositivos legais, os quais regulam uma previsão constitucional, é a redução da margem de apreciação dos Poderes Executivo e Legislativo, em relação aos valores, na elaboração da LOA, em conformidade com o art. 30 da LC n.º 141/2012, que diz: “os planos plurianuais, as leis de diretrizes orçamentárias, as leis orçamentárias e os planos de aplicação dos recursos dos fundos de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão elaborados de modo a dar cumprimento ao disposto nesta Lei Complementar”. Traduzem-se como verdadeiras imposições ao Orçamento Público³⁶⁴, tornando-se instrumento útil à exigibilidade do direito prestacional à saúde, sobretudo considerando as condições socioeconômicas brasileiras³⁶⁵.

Os Poderes Executivo e Legislativo devem observar o previsto no art. 5º da Lei Complementar n.º 141/2012, isto é, a previsão orçamentária de despesas na área da saúde não deve ser inferior ao valor empenhado no exercício financeiro anterior e deve receber um aumento, no mínimo, de acordo com a variação do PIB em relação à União. Essa previsão legal permite não somente a progressividade, prevista no PIDESEC, como também a efetivação da proibição de retrocesso sob a ótica do Orçamento Público. A proibição de retrocesso está expressa na ideia de que os Poderes Executivo e Legislativo devem adotar, como base para a determinação das políticas públicas de saúde, padrões anteriores, não podendo aplicar menos recursos³⁶⁶. Em relação ao direito positivo, a proibição está prevista no art. 198 da CF/88 e no art. 5º da Lei Complementar n.º 141/2012. Além disso, há a vinculação de 12 e

³⁶³ BRASIL. **Lei Complementar n.º 141/2012.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm> Acesso: 10.01.14.

³⁶⁴ “Há de ser feita uma ressalva, no entanto, de que a vinculação constitucional de receitas foi mitigada com a promulgação da EC 27/2000, que acrescentou o art. 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), criando a famigerada Desvinculação das Receitas da União (DRU). A DRU desvincula 20% do total da arrecadação da União Federal com impostos e contribuições (sociais e de intervenção no domínio econômico), diminuindo sensivelmente a vinculação da LOA às imposições constitucionais vinculantes e o volume de recursos disponibilizados pela CF/1988 [...]” BARROS, Maurício, op. cit., p. 995. Ainda sobre a DRU: “[...] a DRU é manifestamente inconstitucional, por violação ao núcleo essencial da separação dos Poderes, da legalidade orçamentária, do princípio democrático e do princípio republicano, que exige a transparência e racionalidade na gestão de todos os recursos públicos. Somente um sistema orçamentário arcaico poderia cogitar de uma desvinculação nesses termos, devolvendo o orçamento público ao estágio de mero teto de gastos, como se a sua função fosse apenas evitar desvios e domesticar um Poder Executivo parasita.” MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de, op. cit., 2010, p. 118. Também, SCAFF, Fernando Facury. Como se financia o estado para a implementação dos direitos humanos? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos Constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 86-87.

³⁶⁵ BARROS, Maurício, op. cit., p. 994.

³⁶⁶ PISARELLO, Gerardo, op. cit., p. 65.

15% da receita de impostos, respectivamente, dos Estados-Membros e dos Municípios às ações e serviços de saúde (arts. 6º e 7º da LC n.º 141/2012).

Destarte, a União deve destinar às ações e aos serviços na área da saúde (direito prestacional à saúde) o montante aplicado no ano de 2013, com acréscimo anual correspondente à variação anual do PIB³⁶⁷, excepcionando o princípio constitucional da não afetação das receitas dos impostos (art. 167, inc. IV da CF/88)³⁶⁸. Isto ocorre, neste caso, da mesma forma, em relação aos Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal.

Para o cálculo dos recursos mínimos destinados à dotação orçamentária da saúde, adota-se por base a receita estimada na LOA, sendo que a diferença entre a receita e as despesas efetivamente previstas, que resultem no não atendimento dos recursos mínimos, deve ser corrigida a cada quadrimestre do exercício financeiro. Isto assegura a aplicação efetiva dos recursos mínimos previstos à saúde, impondo ao Poder Executivo um caráter inédito de imposição da LOA (art. 23 da LC n.º 141/2012). Além disso, para o cálculo, devem ser consideradas as despesas liquidadas e pagas no exercício, além das despesas empenhadas e não liquidadas (art. 24, I e II da LC n.º 141/2012). Por fim, se o mínimo não for aplicado durante o exercício financeiro, deverá ser acrescido ao montante mínimo do próximo exercício financeiro (art. 25 c/c art. 28 da LC n.º 141/2012).

Esses percentuais fixados a partir da regulação da CF/88 têm como corolário um controle imediato pelo Poder Judiciário sem ensejar maiores questionamentos³⁶⁹. É graças ao orçamento que há a previsão e autorização para a implementação de políticas públicas de saúde, as quais corporificam o direito prestacional à saúde. Por sua vez, a garantia de um orçamento mínimo da saúde assegura a sua exigibilidade³⁷⁰. Ainda que a resposta a uma demanda judicial possa ser a de que o orçamento mínimo da saúde não foi aplicado, mas será acrescido ao montante do próximo exercício financeiro (art. 25 da LC n.º 141/2012), isto gera

³⁶⁷ MARTINS, Marcelo Guerra. As vinculações das Receitas Públicas no Orçamento. A desvinculação das receitas da união (DRU). As contribuições e a referebilidade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 830.

³⁶⁸ “Art. 167, IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

³⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti, op. cit., p. 119.

³⁷⁰ RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de Políticas Públicas: uma questão orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1100. TORRES, Ricardo Lobo, op. cit, 2008, p. 110.

o dever de fundamentação do por que da não aplicação dos gastos constitucionais obrigatórios no exercício financeiro do ano corrente.

É preciso ressaltar que as políticas públicas de saúde são definidas financeiramente na LOA de acordo com as possibilidades do Estado. Em que pese não ser o aspecto financeiro o único a perceber a eficiência do direito prestacional à saúde, é essencial para que sejam disponibilizadas prestações estatais³⁷¹. A presença de um orçamento mínimo da saúde representa, num ambiente de escassez de recursos, a intencionalidade do Poder Público em assegurar a efetividade do direito prestacional à saúde, cabendo ao mesmo Poder Público assegurar o cumprimento dessas previsões orçamentárias³⁷².

Com base nessas considerações, podemos concluir: a) o Estado deve obrigatoriamente disponibilizar uma parcela de seu Orçamento Público para a saúde pública (art. 198 da CF/88); b) o percentual deve corresponder ao aplicado no ano anterior mais a variação do PIB, sem possibilidade de redução do valor aplicado (art. 5º da Lei Complementar n.º 141/2012); c) além de assegurar um mínimo do orçamento a ser aplicado na saúde, isso reduz o grau de discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração e execução da LOA; d) ao reduzir o grau de discricionariedade, aumenta a possibilidade de sindicabilidade (exigibilidade) junto ao Poder Judiciário.

3.3.2 A autorização de despesa para prestações em saúde

Apesar da previsão de um orçamento mínimo da saúde ou gastos constitucionais obrigatórios na saúde, baseados no art. 198 da CF/88³⁷³ e no art. 5º da Lei Complementar n.º 141/2012, isto não significa que o previsto no art. 196 da CF/88 estará atendido. Em outras palavras, a previsão de um orçamento mínimo da saúde com caráter impositivo não significa que será o suficiente para o atendimento de um mínimo satisfatório³⁷⁴.

Os valores que excedem o orçamento mínimo da saúde e que devem ser aplicados na efetivação desse direito submetem-se ao regime e à natureza jurídica da lei orçamentária. Dito

³⁷¹ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de, op. cit., 2010, p. 97.

³⁷² Cfe. nota de n.º 364.

³⁷³ Antes mesmo da regulamentação pela Lei Complementar n.º 141/2012, o Ministro Luiz Fux, em voto, em sede de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, diz: “[d]a mesma forma, os artigos 23, II, e 198, § 2º, da CF impõem aos entes federativos a solidariedade na responsabilidade da prestação dos serviços na área da saúde, além da **garantia de orçamento para efetivação dos mesmos.**” (grifo nosso) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 607.381/SC**. Rel. Min. Luiz Fux. Dj 31.05.11. Salientamos o caráter doutrinário da citação; eis que no julgado a fundamentação não é decisiva para a parte dispositiva do acórdão.

³⁷⁴ FABRE, Cécile, op. cit., p. 39.

de outra forma, a Lei Complementar teve o condão de prever quantias mínimas, mas não tem como obrigar a Administração Pública a empenhar, a liquidar e a pagar valores que vão além dessa quantia.

Pretendemos demonstrar que a previsão de despesas para a saúde – para além das previstas no LC n.º 141/2012 – não gera vinculação em relação à execução orçamentária em matéria da saúde. Porém, mesmo naquilo que for excedente aos gastos constitucionais obrigatórios, caso não aplicados, deve existir a fundamentação do porquê da não aplicação, sendo a fundamentação sindicável pelo Poder Judiciário. A nossa compreensão é de que o direito prestacional à saúde, como meio de assegurar a dignidade da pessoa humana e de uma condição de vida decente, deve revestir-se de mais garantias à sua efetivação³⁷⁵.

Como elencamos, o orçamento mínimo não se confunde com o mínimo existencial, sendo necessária uma dotação orçamentária que vá além dos valores mínimos. No caso deste “valor além do mínimo”, salientamos que não tem o caráter impositivo, o qual teria essa força e que atualmente se estuda a possibilidade de sua implementação por meio de Emenda Constitucional. Em relação a esse valor, cria-se uma lacuna ao Administrador Público na execução do orçamento e, portanto, na efetivação do direito prestacional à saúde, podendo deixar de gastar aquilo que está previsto, sendo, assim, apenas visto como autorização e não vinculação do Poder Executivo na execução da LOA.

Caso aceitássemos a posição da vinculação ligada à execução, estaríamos diante de um orçamento impositivo, o que contradiz as características dogmático-constitucionais das previsões do Orçamento Público no Brasil. As despesas fixadas para a área da saúde são apenas uma autorização, dependentes da arrecadação das receitas. Seria ineficaz, também, alegarmos que, diante de receitas suficientes, o Poder Executivo está obrigado a efetuar as despesas, isso porque a CF/88 não prevê esse regime jurídico³⁷⁶.

A Lei Orçamentária, pelos caracteres que nos oferece o modelo adotado pela CF/88³⁷⁷, trata-se do ato em que o Poder Legislativo concede ao Poder Executivo³⁷⁸ o poder de arrecadar receitas e efetuar despesas conforme um plano conjunto estabelecido entre esses

³⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2008. FILCHTINER, Mariana Figueiredo, op. cit., 2007, p. 82. Mesmo no caso da leitura sistêmica: SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 39. SCHWARTZ, Germano. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 149.

³⁷⁶ JUNIOR, Alceu Maurício, op. cit., p. 104.

³⁷⁷ Conforme Ricardo Lobo Torres, a posição de lei formal é a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro “e tem sido defendida, principalmente sob a influência da obra de Jèze, por inúmeros autores de prestígio, ao longo de muitos anos e sob várias escrituras constitucionais” TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., 2000, p. 152.

³⁷⁸ V. art. 165 da CF/88.

dois Poderes³⁷⁹. A LOA autoriza a despesa, mas não gera a obrigatoriedade (leia-se exigibilidade) que a execução do orçamento corresponda aos valores previstos como despesas³⁸⁰. Há outras razões normativas que explicam a não vinculação do Executivo face ao orçamento; mormente, a expansão de tarefas sociais pelo Estado³⁸¹.

O Poder Executivo não precisa realizar uma despesa prevista na lei orçamentária. Entretanto, se pretende realizar uma despesa diversa, será necessária a autorização legislativa, nos termos do art. 167, V, VI, VII, VIII e IX da CF/88³⁸². O equilíbrio orçamentário é uma medida que deve estar associada à elaboração da LOA; o Poder Legislativo não pode mudar o projeto de lei orçamentária para criar *déficit*³⁸³. Entretanto, coadunamos da tese de que há uma vinculação mínima da decisão orçamentária em relação à execução do orçamento, no caso do orçamento mínimo da saúde, que seria a fundamentação das decisões orçamentárias, mesmo nos casos que vão além da previsão do orçamento mínimo da saúde. Essa fundamentação se daria nos casos em que não se verificasse a execução de dotação orçamentária específica. Diante disso, a decisão de não gastar do Administrador Público fica compreendida³⁸⁴.

A decisão de não gastar deve ser acompanhada de fundamentação. Trata-se de dever posto, isto é, “um enunciado que vise e seja apto a exprimir a pertinência material do acto à função exercida.”³⁸⁵ O orçamento não pode representar o dever genérico de gastar; o dever imposto pelo Orçamento deve ser interpretado como a obrigação de promover a atividade prevista³⁸⁶. Toda a decisão de não gastar deve ser acompanhada de fundamentação, ainda que seja o caso de despesas que não digam respeito a finalidades vinculadas. Outrossim, o dever

³⁷⁹ BALEEIRO, Aliomar, op. cit., p. 599.

³⁸⁰ Importante lembrar que há vozes críticas no Brasil acerca desse aspecto do nosso Orçamento, no entanto percebem que qualquer mudança demandaria alguma forma de alteração no próprio texto constitucional. Remetemos à nota de rodapé n.º 287.

³⁸¹ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 394-395.

³⁸² JUNIOR, Alceu Maurício, op. cit., p. 106.

³⁸³ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado, op. cit., 2010, p. 104.

³⁸⁴ Ibidem, p. 345. Fundamentação que, no nosso entendimento, é essencial para todo e qualquer ato da Administração Pública, sendo incompatível com os princípios da Administração Pública no Brasil não fundamentar o ato que representa a não aplicação de recursos autorizados na lei orçamentária. A fundamentação permite que o Administrador Público demonstre que a sua conduta guarda relação com a realidade e está compreendida pelo espaço de liberdade deixado pelo ordenamento jurídico. v, amplamente FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Estrutura e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 103. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 30. BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 225. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 136. SICCA, Gerson dos Santos. **Discrecionalidade Administrativa: conceitos indeterminados e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 258.

³⁸⁵ VIEIRA DE ANDRADE, op. cit., 2007, p. 229-230.

³⁸⁶ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado, op. cit., 2010, p. 379.

de realizar as despesas previstas impostas na rubrica da saúde impõe-se em face da escassez de recursos destinados à saúde.

Dentro dessa perspectiva, cada vez mais o entendimento do Poder Judiciário tende a se encaminhar para uma percepção mais ampla em face do controle do Orçamento Público. Apesar de o entendimento tradicional estar focado no aspecto formal da Lei Orçamentária, há indícios, com base nas decisões do STF, de que é possível uma mudança voltada ao reconhecimento da substancialidade³⁸⁷. Essa mudança é evidenciada em voto do Min. Luiz Fux, do qual transcrevemos um trecho:

As normas orçamentárias ostentam, segunda a lição da moderna doutrina financista, a denominada força vinculante mínima, a ensejar a imposição de um dever *prima facie* de acatamento, ressalvada a motivação administrativa que justifique o descumprimento com amparo no postulado da razoabilidade, sejam elas emendas da proposta do Poder Executivo ou fruto de emenda apresentada pelo Poder Legislativo, de modo que a atribuição de regime formal privilegiado exclusivamente às normas oriundas de emendas parlamentares viola a harmonia entre os poderes políticos (CF, art. 2º)³⁸⁸.

Apesar disso, o entendimento cimentado nas decisões do STF é o do caráter de lei formal da Lei Orçamentária³⁸⁹. Diante desse entendimento, quando tratamos do chamado orçamento mínimo da saúde, o seu caráter de vinculatividade fica adstrito ao valor em termos de autorização de despesa ao Poder Executivo; de forma alguma obriga à realização (ao empenho e à liquidação das previsões). Todavia, fazemos coro às pesquisas desenvolvidas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) no campo do Direito Financeiro, as quais

³⁸⁷ Mesmo após a promulgação da CF/88, é mantido o entendimento de que a lei orçamentária é uma lei formal, não admitindo o controle de constitucionalidade abstrato de normas para o caso de leis formais. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 203/DF**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.03.1990. A questão relacionada ao controle abstrato da lei orçamentária foi superada pelo próprio STF no caso da CIDE – Combustível. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.925/DF**. Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 19.12.03. Os avanços em direção à substancialidade da lei orçamentária pelo STF são evidenciados pelo seguinte julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.048 MC/DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27.04.11.

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.663 MC/RO**. Rel. Min. Luiz Fux, DJ 01.02.12.

³⁸⁹ “Orçamento não é lei, em sentido próprio; é só lei formal, mas não material, o que vale dizer – sem conteúdo próprio, porque este se acha todo na lei tributária, e que aquele não pode alterar. Essa é a lição, aliás corriqueira em matéria de finanças, dada por C. Maximiliano, citado pela apelante. Do próprio conceito de orçamento isso depreende, pois entende-se por orçamento um ato que contem, por um tempo determinado, a previsão de receitas e despesas do Estado e que ordena a percepção delas e o pagamento de outras. É um ato administrativo superior.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 17.184/RS**. Rel. Min. Ribeiro da Costa, DJ 03.07.52. “Orçamento como uma aprovação prévia da receita e das despesas públicas, é uma lei formal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 35.481/DF**. Rel. Min. Cândido Motta, DJ 10.10.57.

apontam para o dever de fundamentação da não aplicação de recursos previstos na LOA³⁹⁰ como forma de promoção e efetivação dos direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito prestacional à saúde.

O caráter de vinculável, no âmbito do direito prestacional à saúde, fica restrito a verificar se os percentuais e os valores mínimos aplicados na sua efetivação são respeitados. Para além do mínimo, o Orçamento Público é um instrumento de barganha política³⁹¹ no momento em que o Poder Executivo pode deixar de empenhar, liquidar e pagar uma despesa prevista na LOA sem a necessidade de fundamentar, posição que é respaldada pelo STF³⁹².

Ao realizarmos um exame empírico da realidade do orçamento da União nos últimos três anos, podemos constatar a execução da quase integralidade da dotação orçamentária autorizada e disponibilizada para a saúde. Como é perceptível, conforme os dados informados pelo Senado Federal e o Ministério do Planejamento, nesses três anos a relação entre dotação e execução ficou entre 81% e 90%. Isso significa dizer que houve a execução dos valores destinados ao Ministério da Saúde para a elaboração e a execução de políticas públicas destinadas a assegurar a efetivação do direito prestacional à saúde por meio de serviços e ações em matéria de saúde pública no Brasil. Para elucidar, apresentamos uma tabela contendo os dados orçamentários:

Tabela 1 – Relação entre dotação e valor executado na LOA, conforme exercício financeiro (2011-2013)³⁹³

Ano	Dotação (R\$)	Autorização (R\$)	Empenho (R\$)	Liquidado (R\$)	Valor Pago (R\$)	Percentual Executado
2011	77.149.363.987	80.873.978.125	78.536.907.189	78.536.907.189	70.101.574.689	90,86%
2012	95.903.835.927	95.903.835.927	86.806.274.488	78.509.657.443	78.272.325.636	81,61%
2013	99.272.350.163	100.507.779.268	92.701.981.355	92.701.981.355	83.825.839.819	84,44%
2014	106.019.264.465					

Portanto, se projetarmos os dados informados, perceberemos o cumprimento daquilo que é previsto no art. 198, § 1º da CF/88. Além disso, observamos um aumento substancial da

³⁹⁰ V. Amplamente: JUNIOR, Alceu Maurício. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. TORRES, Ricardo Lobo Torres. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário (O Orçamento na Constituição)**. Vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³⁹¹ JUNIOR, Alceu Maurício, op. cit., p. 104.

³⁹² Cfe. nota de n.º 389.

³⁹³ BRASIL. Senado Federal. **Orçamento da União (elaboração e execução)**. Disponível em <<http://www8a.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=1007810>> Acesso: 10.01.14.

dotação orçamentária entre os anos de 2011 a 2014, ou seja, antes mesmo da edição da Lei Complementar n.º 141/2012.

Podemos consignar um horizonte político favorável, em termos de execução dos valores dotados para a saúde pública, em que pese o regime jurídico autorizar a não execução sem fundamentação. O aprofundamento e reconhecimento doutrinário e jurisprudencial do dever de fundamentação gera um espaço capaz de sindicabilidade à luz do postulado da razoabilidade pelo Poder Judiciário, alterando o panorama das Finanças Públicas brasileiras não somente em relação à saúde, mas a todas as áreas.

Com base em dados orçamentários de que há uma substancial execução dos valores previstos na LOA voltados às ações e serviços de saúde, reforça-se a nossa posição que aduz haver escassez de recursos para a efetivação do direito prestacional à saúde (subseção 3.2.3). Dessa maneira, o Administrador Público obriga-se a realizar escolhas trágicas na efetivação do direito prestacional à saúde, ou seja, decisões em que a alocação de recursos em um determinado programa representa a não alocação em outro programa governamental de saúde³⁹⁴. Nas palavras de Calabresi e Bobbitt, “the progression from attempt to desperate attempt to avoid tragedy that forms the sequence of decision in the tragic choices”³⁹⁵ caracteriza as escolhas trágicas.

Nesse sentido, a grande dificuldade que percebemos é a limitação de recursos para a saúde. Em que pese a disponibilização de um orçamento mínimo para essa área, esse ainda se apresenta distante de corresponder a todas as necessidades dos indivíduos.

Com base nos argumentos expostos, concluímos: a) que a dotação orçamentária da saúde contém duas variáveis; a.1) um orçamento mínimo com caráter vinculativo, nos termos do art. 198 da CF/88³⁹⁶ e do art. 5º da Lei Complementar n.º 141/2012; a.2) os valores que excedem a esse orçamento mínimo submetem-se ao regime jurídico da lei orçamentária como lei formal, ou seja, apenas uma autorização de despesa, sem vincular o Poder Executivo; b) que há um dever de fundamentação, no caso da não execução da dotação orçamentária; c) que a fundamentação poderá ser reexaminada pelo Poder Judiciário com base no postulado da

³⁹⁴ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices: the conflicts society in the allocation of tragically scarce resources**. New York: Norton & Company, 2000. p. 19.

³⁹⁵ “A progressão de tentativa para tentativa desesperada de evitar uma tragédia forma a sequencia da decisão nas escolhas trágicas” (tradução nossa). Ibidem, p. 21.

³⁹⁶ Antes mesmo da regulamentação pela Lei Complementar n.º 141/2012, o Ministro Luiz Fux, em voto, em sede de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, diz: “[d]a mesma forma, os artigos 23, II, e 198, § 2º, da CF impõem aos entes federativos a solidariedade na responsabilidade da prestação dos serviços na área da saúde, além da **garantia de orçamento para efetivação dos mesmos**.” (grifo nosso) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 607.381/SC**. Rel. Min. Luiz Fux. Dj 31.05.11. Salientamos o caráter doutrinário da citação; eis que no julgado a fundamentação não é decisiva para a parte dispositiva do acórdão.

razoabilidade³⁹⁷; d) que há a execução da quase totalidade da autorização de despesa de saúde, reforçando o problema da escassez de recursos financeiros.

3.3.3 Orçamento Impositivo como a solução para a escassez

A vinculação entre finanças públicas e direitos fundamentais sociais, que, dentro de uma perspectiva “maximalista” de tais direitos, não é visível, encontra-se problematizada diante do desenvolvimento do caráter prático do tema, mormente, jurisprudencial³⁹⁸. Como proposto no plano da pesquisa, a planificação dos direitos prestacionais passa pela necessária previsão de recursos; se há a justiciabilidade desses direitos, são necessários critérios para que não haja um desequilíbrio nas prestações e, conseqüentemente, permita o acesso igualitário e universal.

Diante disso, tramitam no Congresso Nacional propostas de emendas constitucionais destinadas a tornar a execução do orçamento obrigatória, reconhecendo a própria insuficiência do modelo autorizativo, que dá margens para a barganha política do Poder Executivo³⁹⁹. Intencionamos apresentar, aqui, a Proposta de Emenda Constitucional n.º 359/2013⁴⁰⁰, que propõe o chamado Orçamento Impositivo, em função dos desdobramentos face ao direito prestacional à saúde.

A citada PEC foi aprovada em 11.12.13 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados⁴⁰¹. A PEC 359/2013 é fruto de desdobramento da PEC 353/2013 nas PEC's 358/2013 e 359/2013, tendo como base a PEC 22-A/00, de autoria do Sen. Antonio Carlos Magalhães, que prevê a alteração dos arts. 166 e 198 da CF/88, criando a

³⁹⁷ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado, op. cit., 2010, p. 345.

³⁹⁸ CORTI, Horacio G. Derechos Fundamentales y presupuesto público: una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 128-129. Há uma total constitucionalização do ordenamento jurídico capaz de intrometer-se na legislação como na jurisprudência, no estilo doutrinal, na ação dos atores políticos, atribuindo uma força vinculante a todas as disposições jurídicas da Constituição; refletindo diretamente na capacidade financeira do Estado atender a todos os direitos prestacionais. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2005. p. 49.

³⁹⁹ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado, op. cit., 2010, p. 373. Também é o conteúdo das PEC's n.º 22/00 e 28/00.

⁴⁰⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional n.º 359/2013**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1200543&filename=PEC+359/2013> Acesso: 21.01.14.

⁴⁰¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania à Proposta de Emenda Constitucional n.º 358/2013**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/internet/ordemdodia/integras/1208925.htm>> Acesso: 21.01.14.

obrigatoriedade da execução da previsão orçamentária no Brasil. Apesar dos desdobramentos em outras propostas, é mantido o mesmo texto da PEC 22-A/00.

Em relação ao direito prestacional à saúde, a PEC 359/2013 prevê a execução obrigatória de, no mínimo, quinze por cento da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro. Com isso, estipulam-se limites na CF/88 para além do fixado no art. 5º da Lei Complementar n.º 141/2012. Assim seria a redação do art. 198:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: **I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a quinze por cento;** (grifo nosso)

Baseando-nos na receita líquida corrente prevista para o exercício financeiro de 2014, que é de cerca R\$ 726 bilhões, o orçamento impositivo da saúde ficaria na casa de R\$ 109 bilhões⁴⁰². Interessante percebermos que o valor de um possível orçamento impositivo aproxima-se do valor previsto na dotação orçamentária para 2014, qual seja, cerca de R\$ 106 bilhões.

A previsão constitucional de uma parcela significativa do orçamento da união como impositiva ao Poder Executivo, isto é, cuja execução torna-se obrigatória, não significa sanar os problemas de recursos da saúde pública e, portanto, da efetivação do direito prestacional à saúde. É trabalhar no campo das improbabilidades ao tentarmos prever todas as necessidades de forma detalhada em lei, com antecedência de um ano, para o campo da saúde pública⁴⁰³. A rigidez orçamentária deve ser temperada com elementos que permitam a flexibilização. Diante de tal, aduz Mendonça: “Novamente se defende a ideia de que o orçamento não deve ser menos do que as leis em geral, mas também não se deve achar que ele seja elaborado por um *superlegislador*, que tudo sabe e tudo vê.”⁴⁰⁴

⁴⁰² BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2014 (demonstrativo da receita corrente líquida prevista na proposta orçamentária de 2014)**. Disponível <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2014/info_complem/vol2/09_Inci soIX.pdf> Acesso: 20.01.14.

⁴⁰³ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado, op. cit., 2010, p. 264.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 265.

Como já apontamos na pesquisa, a positivação do direito prestacional à saúde, no sentido preconizado pela CF/88, não tem como garantir, na medida das necessidades de cada um dos indivíduos, prestações para todos.

Nesse sentido, entendemos: a) que orçamento impositivo não será a solução para a escassez de recursos; b) que não gerará uma melhoria sensível na efetivação do direito prestacional à saúde, considerando o que é aplicado atualmente à saúde com as mudanças geradas pela PEC n.º 359/2013; c) que não reduzirá o impacto do direito fundamental à saúde na LOA.

3.3.4 O alcance do controle judicial do orçamento

As decisões tomadas em sede orçamentária têm o condão de concretizar o direito prestacional à saúde. O Poder Executivo depende daquilo que é previsto na LOA para realizar as políticas públicas de saúde. Em relação ao orçamento da saúde, grande parcela é autorização, sem gerar vinculação à execução, e outra parte é vinculada – estabelecendo gastos obrigatórios.

Cada uma dessas possibilidades gera uma forma distinta de controle judicial. Assim, teceremos algumas considerações em relação à possibilidade do controle judicial do orçamento da saúde, considerando o papel que desempenha na efetivação do direito prestacional à saúde.

A CF/88 não atribui ao Poder Judiciário⁴⁰⁵ competência originária para solucionar questões relativas à alocação de recursos, excetuado quando se tratar da administração dos tribunais⁴⁰⁶. Ao Poder Legislativo cabe a escolha das premissas empíricas, não podendo ser simplesmente substituída pelo Judiciário. Segundo Ávila, o Legislativo “é o órgão competente

⁴⁰⁵ A ADin 4048 reconheceu ser cabível o controle concentrado de constitucionalidade de leis orçamentárias, podendo ser chamada de *leading case* em relação ao controle concentrado de leis orçamentárias. O julgamento teve como objeto a declaração da inconstitucionalidade da Medida Provisória (MP) n.º 405/2007. Tal medida pretendia promover a abertura de créditos extraordinários sem verificar os requisitos da *urgência*, da *relevância* (art. 62, *caput*, CF/88) e da imprevisibilidade – conjugados ao art. 62, par. primeiro, inc. I, alínea “d” e ao art. 167, par. terceiro, ambos da CF/88. O STF deferiu o pedido liminar, declarando inconstitucional a medida provisória pela inobservância do requisito da imprevisibilidade, indispensável para MP que pretenda a abertura de créditos extraordinários. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4048**. Rel. Min. Gilmar Mendes. D.J. 14.05.2008. Sobre o tema, amplamente: CORREIA NETO, Celso de Barros. O Orçamento Público e o Supremo Tribunal Federal. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. ASSONI FILHO, Sérgio. Controle de Constitucionalidade da Lei Orçamentária. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁴⁰⁶ MAURICIO JUNIOR, Alceu, op. cit., p. 226.

para avaliar qual a melhor medida para combater uma epidemia e se ele entender que é o consumo de carne bovina que está causando a doença, porque existe um nexo de causalidade entre o consumo e o aumento da epidemia, não poderá o Poder Judiciário partir de outra premissa para analisar a constitucionalidade da lei.”⁴⁰⁷

O controle do Judiciário em relação à lei orçamentária será menos intenso quanto mais duvidoso for o efeito futuro da lei, difícil e técnico for o julgamento da matéria, e aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída pelo Poder Legislativo⁴⁰⁸.

Nesse sentido, a intervenção do Judiciário deve levar em conta a disponibilidade de recursos e a destinação existente, se esgotou as fontes do conhecimento para prever efeitos do modo mais seguro e se considerou o estágio atual do conhecimento. Conclui Ávila que:

Todas essas considerações levam ao entendimento de que o controle de constitucionalidade poderá ser mais ou menos intenso, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro poder com base no princípio da separação dos poderes. O princípio democrático só será realizado se o Poder legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais. Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada.⁴⁰⁹

Assim, com base nessas premissas, é possível dizer que o controle judicial da lei orçamentária não só é possível como plausível. A questão que o circunda é a maior ou a menor intensidade do controle.

No caso das vinculações (item 3.3.1) orçamentárias do direito à saúde, entendemos que o Poder Judiciário pode ser chamado a compelir os demais Poderes à revisão de suas escolhas orçamentárias em não aplicando o mínimo estabelecido⁴¹⁰. Isso é decorrência da própria normatividade da CF/88, art. 198, par. segundo e par. terceiro. Ou, caso não sejam liquidadas as despesas mínimas, o Judiciário pode assegurar que o objeto da receita vinculada venha a ser realizada no exercício seguinte apenas para aquela destinação inicialmente prevista (art. 24, par. segundo da Lei Complementar n.º 141/2012).

O outro caso é o das autorizações no orçamento da saúde. Neste, estamos diante das políticas públicas que são incluídas no orçamento, que não vinculam o Poder Executivo e não

⁴⁰⁷ ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis”. **Revista de Direito Administrativo**. n.º 236, abr./jun, 2004. p. 380-381.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 382.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 383.

⁴¹⁰ MAURICIO JUNIOR, Alceu, op. cit., p. 264.

são implementadas. Esta situação oferece três questões possíveis: 1) arrecadação insuficiente face ao previsto na lei orçamentária; 2) problemas técnicos para o fornecimento; 3) contingenciamento de recursos (poder discricionário)⁴¹¹.

O primeiro caso é o da insuficiência de recursos financeiros, que, por certo, limita a ação governamental⁴¹². Por ser uma questão de fato, a “falta de caixa” deve ser demonstrada pelos meios próprios. Caso isso ocorra, o problema migra para as prioridades de alocação de recursos, sobre as quais o controle judicial não é forte. Todavia, é possível o controle judicial quanto às prestações ligadas ao mínimo vital, pois constituem direito subjetivo definitivo decorrente da própria CF/88.

Ainda, se os recursos financeiros não forem suficientes a atender a todas as prestações em matéria de saúde ligadas ao mínimo existencial constante no orçamento, não caberá ao Poder Judiciário substituir ao Executivo, porque cabe, neste caso, ao Executivo a decisão na alocação de recursos⁴¹³.

O segundo caso trata dos problemas técnicos para o fornecimento. Estão ligados à adequação técnica da decisão administrativa. É o caso da prestação não ser a mais adequada à realização dos fins pretendidos pelas políticas públicas ou não haver alternativa técnica adequada para o fornecimento da prestação⁴¹⁴. É possível o controle judicial, podendo o indivíduo se valer de prova técnico-pericial (item 4.3.1.1).

Por fim, no terceiro caso, a Administração Pública entende que não deve executar com base em seu poder discricionário – fruto da natureza meramente formal do orçamento – quando se trata de autorização. Em primeiro lugar, quanto ao controle judicial, devemos examinar a fundamentação (motivação) que atenda a um grau mínimo de razoabilidade e que apresente razões suficientes (item 3.3.2)⁴¹⁵. Em segundo lugar, poderá ser controlado judicialmente se aplicado a um grupo ou a pessoas determinadas e não fornecer prestações a outras, caso em que viola a isonomia⁴¹⁶. Em terceiro lugar, se o contingenciamento violar o mínimo vital, também caberá a intervenção do Poder Judiciário no orçamento, pelos mesmos motivos expostos em relação à arrecadação insuficiente.

Diante disso, concluímos que: a) é possível o controle judicial do Orçamento Público, não servindo de óbice o princípio da separação dos poderes; b) no caso das vinculações do orçamento da saúde, o Judiciário deve assegurar o cumprimento dos recursos mínimos; c) no

⁴¹¹ MAURICIO JUNIOR, Alceu, op. cit., p. 265.

⁴¹² TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., 2000, p. 61.

⁴¹³ MAURICIO JUNIOR, Alceu, op. cit., p. 268.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 267.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 266.

⁴¹⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 169-179.

caso das autorizações no orçamento da saúde, desdobramos da seguinte forma; c.1) se o recurso for insuficiente, o Judiciário deve assegurar o mínimo vital; c.2) se a restrição for decorrente de problemas técnicos, caberá prova pericial em sentido contrário por meio do Judiciário; c.3) se o Executivo não aplicar como forma de exercício do poder discricionário, o Judiciário deve examinar a fundamentação, deve examinar se não há violação à isonomia e deve assegurar o cumprimento do mínimo vital.

3.4 Impacto orçamentário das decisões judiciais (*efeito multiplicador*)

Em relação à justiciabilidade do direito prestacional à saúde, nossa preocupação circunda o impacto orçamentário que gera o deferimento de demandas judiciais que tenham como conteúdo o requerimento junto ao Estado de medicamento ou tratamento não previsto nas políticas públicas de saúde. Procuraremos demonstrar se o chamado efeito multiplicador não poderá tornar-se um obstáculo à efetividade do direito prestacional à saúde no que tange ao impacto orçamentário.

A concessão de prestações sociais a determinados indivíduos tem reflexos orçamentários, conforme a ordem jurídico-constitucional brasileira. O Estado prevê uma determinada despesa em relação ao direito prestacional à saúde, estabelecendo medicamentos e tratamentos que financiará. O Poder Judiciário, ao intervir, deferindo medicamentos ou tratamentos não previstos, causa um impacto no Orçamento Público.

Assim, o deferimento judicial de prestações sociais a determinados indivíduos, por vezes, tem como corolário efeitos que podem ser considerados perversos em termos de justiça distributiva, em que pese a necessidade de sua relativização diante de uma ideia de justiça compensatória baseada na afirmação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88)⁴¹⁷. Nesse sentido, o princípio da igualdade – violado nesses casos – não tem o condão de gerar a violação concreta da dignidade da pessoa humana⁴¹⁸ e, tampouco, pode dar abrigo a argumentos que deslegitimem, na totalidade, a utilização da tutela individual, a qual é, por certo, instrumento de manifestação da cidadania e controle social dos atos do Poder Público⁴¹⁹.

⁴¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2010, p. 352.

⁴¹⁸ Ibidem, p. 352.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 352-353.

Nessa perspectiva, reforçamos nosso entendimento de que o fato de o direito prestacional à saúde ser realizado por meio da provisão de bens coletivos e de políticas públicas de saúde que são colocadas em prática à coletividade⁴²⁰, não é por si só um obstáculo à justiciabilidade. Porém, a garantia de tais bens depende de gastos e programas orçamentários,

por isso o fornecedor de bens coletivos necessita de recursos materiais e institucionais (recursos de poder) tanto pra criá-los quanto para evitar o perigo constante do carona (o *free rider*, ou *predador*) que, valendo-se das características do bem público/coletivo, tenta beneficiar-se dele sem pagar a respectiva ‘conta’.⁴²¹

Portanto, a preocupação com o efeito multiplicador não representa uma violação à dignidade da pessoa humana ou ao direito de ação (art. 5º, XXXV da CF/88); pelo contrário, verificar o impacto orçamentário reafirma nossa posição de que a solução entre o dilema justiciabilidade *versus* orçamento é resolvido pelo estabelecimento de critérios ao controle pelo do Poder Judiciário das políticas públicas de saúde. Há evidências que demonstram que somente o Estado de São Paulo aponta para a taxa de 85% de sucesso do demandante em casos que envolvam o pedido de medicamentos⁴²². Além disso, o Poder Judiciário brasileiro tende a desconsiderar o impacto orçamentário de uma decisão judicial que obriga a Administração Pública a fornecer um medicamento. Questões relativas ao Orçamento Público, como escassez de recursos e a não previsão de despesas, não são consideradas nessas demandas⁴²³. Na prática, o pedido de um tratamento médico, qualquer que seja, está coberto pelo art. 196 da CF/88, em que pese os esforços da doutrina e da ordem jurídica brasileira em demonstrar o contrário.

A prática dos pedidos de medicamentos não constantes em listas e que conduzem ao efeito multiplicador é tão presente que a própria mídia brasileira tratou de explicar “os dez

⁴²⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Os tribunais e os Direitos Sociais no Brasil – Saúde e Educação: um estudo de caso revisitado. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 236.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 236.

⁴²² WANG, Daniel; PIRES, Natália; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda. **Os Impactos da Judicialização Saúde no Orçamento Público da Saúde: o caso do Município de São Paulo**. Disponível < http://abresbrasil.org.br/sites/default/files/trabalho_23.pdf> Acesso: 20.01.14.

⁴²³ WANG, Daniel; PIRES, Natália; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda. **Os Impactos da Judicialização Saúde no Orçamento Público da Saúde: o caso do Município de São Paulo**. Disponível < http://abresbrasil.org.br/sites/default/files/trabalho_23.pdf> Acesso: 20.01.14.

passos para o deferimento judicial de um medicamento de alto custo”⁴²⁴. No campo da saúde pública, inclusive, o fenômeno é objeto de estudo e é chamado de “remédio com força de lei”.

425

⁴²⁴ Portal R7. **Recorrer à Justiça Acelera o Recebimento de Medicamentos de Alto Custo**. Disponível em < <http://noticias.r7.com/saude/noticias/recorrer-a-justica-acelera-recebimento-de-remedios-de-alto-custo-20120401.html>> Acesso: 20.01.2014. Vejamos os dez passos: Primeiro passo **Apresente o Cartão Nacional de Saúde** Para conseguir um, basta você se dirigir a qualquer posto básico de saúde e apresentar o documento de identidade e comprovante de residência. A carteirinha será feita na hora. Leve também uma cópia simples do documento. Segundo passo **Apresente uma cópia do documento de identidade** Para todos os efeitos, leve também o exemplar original junto a uma cópia simples. Terceiro passo **Apresente o laudo médico preenchido** O laudo médico para solicitação, avaliação e autorização de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica geralmente é fornecido e preenchido pelo próprio médico. Caso ele não forneça, peça o formulário em uma unidade de saúde e volte ao consultório para ele preencher. O laudo detalha aspectos da doença do paciente e do tratamento, de modo a deixar clara a necessidade do uso do medicamento. Nesse relatório, o médico deve mencionar o código da doença na Classificação Internacional de Doenças e indicar seu número de cadastro no Conselho Regional de Medicina, assinar e carimbar o seu nome completo. Leve uma cópia simples junto à original. Quarto passo **Apresente a receita médica** O laudo médico não exclui a necessidade da apresentação da receita médica, que deve ser anexada junto com os demais documentos. Nela, o médico deve mencionar o nome do remédio com seu princípio ativo e o nome genérico, a quantidade necessária a ser usada por dia, semana ou mês e a indicação de comprimidos, frascos ou refis. A receita é válida somente por 30 dias. Leve uma cópia simples também. Quinto passo **Apresente uma cópia do comprovante de residência** É mais seguro levar à unidade de saúde o exemplar original junto a uma cópia simples. Sexto passo **Vá a uma das unidades responsáveis pelos remédios de alto-custo** Informe-se na unidade de saúde onde você passou por consulta ou onde pegou o laudo médico sobre esse espaço. Somente neles você poderá fazer o pedido administrativo do remédio. Essas unidades funcionam geralmente de segunda a sexta-feira das 7h às 17h30 e aos sábados das 7h às 10h. Lá, apresente a lista de documentos listados abaixo. Sétimo passo **Peça cópia do protocolo do pedido** Ao fazer o pedido, peça uma cópia do protocolo. Isso fará toda a diferença se você não receber o medicamento. Para poder ingressar com uma ação judicial, você vai precisar do documento que comprova que houve solicitação. Feito isso, o funcionário que pegou os documentos vai iniciar um procedimento administrativo para obtenção do medicamento. Por meio de um telegrama, você saberá quando e onde – geralmente uma unidade de saúde mais próxima de sua casa – o remédio vai estar disponível. No entanto, não há prazos regulares, podendo ser entregue na hora, em dias ou em até três meses (em casos extremos). Oitavo passo **Fazer um requerimento administrativo** Nem sempre os pedidos são aceitos, mesmo em casos considerados urgentes. Quando isso acontece, o paciente pode entrar com um requerimento administrativo na Secretaria de Saúde de seu estado ou com uma ação na Justiça. O procedimento é simples: o paciente escreve uma carta informando ter determinada doença para qual o médico lhe receitou o medicamento. O pedido médico deve estar anexado ao documento. É possível partir para uma ação judicial tão logo ocorra a negativa, mas, segundo os advogados, vale fazer o requerimento primeiro porque, além de não haver necessidade de um advogado para isso – qualquer pessoa pode fazer – o juiz pode não dar ganho de causa justamente por achar que o paciente “queimou etapas”, explica Farina. Muitas vezes o juiz não dá ganho de causa ao paciente alegando que não entrou anteriormente com o pedido administrativo. Se o paciente não receber o medicamento em até 15 dias, pode entrar com medida judicial. Nono passo **Procure um Juizado Especial da Fazenda Pública** Qualquer pessoa pode ingressar com ações nos Juizados de forma gratuita e sem a necessidade de contratar advogado. Mas isso só é possível desde que o custo do medicamento seja de, no máximo, 60 salários mínimos, num período de 12 meses. Em alguns estados brasileiros, os Juizados Especiais ainda não estão em pleno funcionamento. Por isso, vale checar se já há um juizado no seu Estado de origem. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública foram criados para julgar causas contra Estados, Distrito Federal e Municípios, ou seja, é por essa via que uma pessoa comum pode processar o governo. Portanto, cabe a esses juizados apreciarem ações de fornecimento de medicamentos, disponibilidade de vagas em leitos de hospitais e UTIs (Unidades de Terapia Intensiva), além de realização de exames e cirurgias. Décimo passo **Procure a Defensoria Pública** Os defensores públicos são advogados que prestam serviços gratuitos de orientação jurídica e de defesa para quem não pode pagar um advogado. Via de regra, o defensor público atende pessoas que têm renda familiar de até três salários mínimos. É indicado para casos de urgência. Ao entrar em contato com um, mostre os mesmos documentos que foram entregues na unidade de saúde junto à cópia do protocolo. Ela é a prova de que houve a solicitação para contestar a negativa.

⁴²⁵ MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. **Revista Saúde Pública**. vol. 4, n.º 45, p.

Se analisarmos, sob a ótica orçamentária, o deferimento de uma ação que tenha como conteúdo o pedido de um medicamento ou tratamento não previsto nas políticas públicas de saúde, este, por si só, dificilmente gerará um impacto orçamentário preocupante; principalmente, considerando-se o total disponibilizado para os serviços e ações de saúde na LOA da União. Por exemplo, no caso de um paciente asmático, imaginemos o deferimento do medicamento Foraseq (fumarato de formoterol + budesonida) 400 mcg, que pode chegar a custar cerca de R\$ 110,00 a caixa para um tratamento de trinta dias e não consta na RENAME⁴²⁶. Na RENAME, consta o medicamento Aerolin (sulfato de sabutamol), 120,5 mcg/dose, tratamento para trinta dias, que pode chegar a custar até R\$ 32,00. Para uma melhor compreensão, em pesquisa que buscou verificar 81 (oitenta e um) processos judiciais para fornecimento de medicamentos no Estado de São Paulo (2005-2009), publicada pela Revista Saúde Pública, verificou-se que 66,2% (sessenta e seis vírgula dois por cento) não pertenciam a nenhuma lista do Estado⁴²⁷, situação que se reproduz em todo o Brasil.

Por certo que tal deferimento, por si, diante da autorização de despesa para a saúde é ínfimo; mas, se considerarmos que 17% da população brasileira sofre com a asma⁴²⁸, ou seja, quase trinta e dois milhões de brasileiros⁴²⁹, se cada um dos portadores da doença, com base no art. 196 da CF/88, requeresse o fornecimento do medicamento Foraseq, o gasto anual somente com essa doença seria cerca de R\$ 42,24 bilhões. Em outras palavras, quase metade da despesa autorizada para a saúde, prevista na LOA da União, seria destinada ao pagamento do citado medicamento, tendo por base o efeito que potencialmente pode gerar o deferimento desse medicamento para um portador de asma.

706-713, 2011. p. 710. A institucionalização da despesa pública com o custeio do medicamento atendido via judicial tornou-se tão evidente que há a Proposta de Emenda Constitucional de n.º 264/2013, que acrescentaria o § 7º ao art. 198 da CF/88, que teria a seguinte redação: “§ 7º No caso de ocorrer ordem judicial para a realização de despesas de compra de medicamentos, despesas médicas hospitalares e de internação a serem custeados pelos municípios, a União obrigatoriamente participará com 75% (setenta e cinco por cento) do valor e o Estado de origem da ação ou Distrito Federal, participará com 25% (vinte e cinco por cento) do custeio.” BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional n.º 264/2013**. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1090732&filename=PEC+264/2013> Acesso: 20.01.14.

⁴²⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação de Medicamentos Essenciais**. Disponível em < http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/anexos_rename_2012_pt_533_27_09_12.pdf> Acesso: 10.5.2013.

⁴²⁷ MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. **Revista Saúde Pública**. vol. 4, n.º 45, p. 706-713, 2011. p. 710.

⁴²⁸ CAMPOS, Hisbello S. Considerando a asma. **Boletim de Pneumologia Sanitária**. vol.10, no.1, jun., 2002.

⁴²⁹ Tomando por base os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). BRASIL. IBGE. **População recenseada e estimada**. Disponível em < http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/contagem_final/tabela1_1.pdf> Acesso: 20.01.14.

A judicialização da saúde, entre 2007 e 2011, aponta o crescimento dos gastos da União com ações judiciais para o fornecimento de medicamentos aumentou 1.237%. Até outubro de 2011, as despesas com essas ações judiciais tinham alcançado a marca de R\$ 339,7 milhões⁴³⁰: “Como comparação, os R\$ 339,7 milhões são 2,6 vezes o investimento anual do ministério na incorporação, no SUS, do medicamento trastuzumabe – utilizado contra o câncer de mama.”⁴³¹

De um lado, percebemos que há um crescimento significativo no número de demandas judiciais requerendo medicamentos e, conseqüentemente, um aumento nas despesas públicas com essa espécie de demanda. De outro lado, não encontramos nenhuma consideração efetiva em relação à escassez de recursos e ao Orçamento Público diante da escalada de ações judiciais que têm como objeto o fornecimento de medicamento não previsto na RENAME. De fato, o cenário é da potencialização ou efetivação do efeito multiplicador. Em números, na atualidade, há anualmente cerca de 40 mil ações judiciais no Brasil cujo objeto é o fornecimento de medicamentos em que há quase sempre uma preponderância do direito à saúde sem nenhuma restrição aos arts. 6º e 196 da CF/88, “generating growing administrative burdens and significant costs to the already strained Brazilian public health system.”⁴³²

Nesse sentido, o crescimento de demandas judiciais voltadas ao fornecimento de um medicamento, ou de um tratamento a partir de uma percepção “maximalista” do direito fundamental à saúde, pode comprometer a aplicação de recursos para outras áreas da saúde. Além disso, essa postura do Poder Judiciário favorece a estratégia da indústria farmacêutica de criar mercado para seus novos produtos, que muitas vezes ocorre em função do desconhecimento dos prescritores da RENAME – ou por não adoção de critérios de racionalização no uso de medicamentos⁴³³. A RENAME diminui a margem de apreciação do

⁴³⁰ JORNAL. Folha de São Paulo. **SUS tem despesa recorde com ações judiciais**. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1199942-sus-tem-despesa-recorde-com-acoes-judiciais.shtml>> Acesso: 20.01.14.

⁴³¹ JORNAL. Folha de São Paulo. **SUS tem despesa recorde com ações judiciais**. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1199942-sus-tem-despesa-recorde-com-acoes-judiciais.shtml>> Acesso: 20.01.14.

⁴³² “Gerando crescimento dos encargos administrativos e custos significativos para o sistema público de saúde brasileiro cuja situação é tensa” FERRAZ, Octávio Luiz Motta. *Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons From Brazil*. **Texas Law Review**. Vol. 89, jun., 2011. p. 1652.

⁴³³ CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para a introdução de novos medicamentos. **Revista Saúde Pública**. vol. 3, n.º 44, 2010. p. 423. “Por outro lado, para os casos de medicações não disponíveis nas opções gratuitas ou subsidiadas mencionadas, que conduzam a uma demanda judicial, seria conveniente sugerir ao poder judiciário as informações mínimas que devem constar nos processos, a fim de subsidiar a decisão dessa instância: o motivo pelo qual se prescreve a medicação baseada no quadro clínico do paciente e sua doença de base e comorbidades associadas; descrição da Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID); relato de eventuais falhas terapêuticas anteriores; detalhar a evolução clínica para que a medicação seja dispensada criteriosamente; na existência dos dados de parâmetro laboratoriais, estes devem estar anexados ao processo; e ainda, na

julgador, mas não impede – desde que com base em critérios técnico-científicos – a adoção de medicamentos não previstos nela.

Não pretendemos, com isso, restringir o significado dogmático-constitucional do art. 196 da CF/88. Inversamente, defendemos que a sua delimitação passa, também, como todos os direitos em função de seus custos, pela conjugação de questões orçamentárias. Como podemos comprovar no primeiro capítulo, trata-se de corolário da teoria dos direitos fundamentais.

Do que examinamos, concluímos que: a) as ações judiciais que demandam medicamentos/tratamentos têm um impacto significativo no Orçamento Público; b) o crescente número de demandas cujo objeto é o pedido de medicamento/tratamento não previsto na política pública de saúde via Poder Judiciário aponta para a ocorrência do efeito multiplicador; c) é preciso ressignificar o direito prestacional à saúde a partir de condições e critérios constitucionais para que a multiplicação de ações não inviabilize a efetividade do mínimo vital do direito à saúde.

3.5 O alcance do acesso universal e igualitário do direito à saúde diante do Orçamento Público

3.5.1 O significado do acesso universal

O acesso universal ao direito prestacional à saúde determina, em nosso viés, uma série de políticas públicas que devem ser acessíveis a todos os indivíduos ou que deverão abarcar o maior número de situações possíveis⁴³⁴. Na CF/88, o acesso universal está previsto no art. 196

impossibilidade de fornecer as duas últimas informações, ao menos justificar com base em adequada(s) evidência(s) científica(s) a solicitação afim de respaldar a opção pleiteada.” GALATO, Dayani; NESI, Humberto; ROSSO, José Antônio; OLIVEIRA, Rita de Cássia Schmitz Mendes; TRAUTHMAN, Silvana Cristina; LUNARDI, Tânia; SCHUELTER-TREVISOL, Fabiana. Judicialização de Medicamento no Brasil: um processo que deve ser racionalizado. **Revista Saúde Pública**. vol. 2, n.º 46, p. 390-391, 2012.

⁴³⁴ A Min. Ellen Gracie, então Presidente do STF, disse, na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 91, em relação ao direito à saúde: “refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e gratuito, e não em situações individualizadas [...] limitar a responsabilidade da Secretaria Executiva de Saúde do Estado de Alagoas no fornecimento dos medicamentos contemplados na Portaria n.º 1.318, do Ministério da Saúde”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 91**. Min. Ellen Gracie. D.J. 26.02.2007.

que aduz que a “saúde é um direito de todos e dever do Estado [...]”⁴³⁵, ou seja, é um direito de todos os indivíduos o acesso às prestações em matéria de direito à saúde. O significado da universalidade do acesso à saúde deve compreender todos os seres humanos, acesso que deve ser protegido em todas as circunstâncias⁴³⁶. Contudo, o acesso deve ser equilibrado com complexidade e necessidade, justificando a seletividade (a triagem), assegurando a prestação de um mínimo existencial quando há uma situação de penúria extrema⁴³⁷.

Assim, a partir do art. 196, realizamos duas distinções: universalidade de proteção e universalidade de cobertura estatal⁴³⁸. A segunda significa o acesso que todos devem ter à cobertura do sistema. Em relação à primeira, estamos diante da possibilidade de uma sistematização interna para cobrir aqueles que necessitem do acesso ao SUS, compreendida a carência de recursos financeiros para a saúde⁴³⁹. Em nosso entendimento, a universalidade de proteção é compatível com a universalidade de cobertura, sendo abrangidas pela CF/88.

Para tanto, há a organização do chamado Sistema Único de Saúde (SUS), descentralizado e com a participação de todos os entes federativos, conforme a previsão do art. 198 da CF/88, que diz:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.⁴⁴⁰

Além disso, a Lei Orgânica da Saúde (LOS), Lei n.º 8080/90, que dispõe sobre a organização e funcionamento do SUS, afirma o seguinte:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º **O dever do Estado** de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros

⁴³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

⁴³⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino. O princípio da Universalidade no Direito Internacional dos direitos humanos: visita à obra de consolidação de Antônio Augusto Cançado Trindade. In: RIBEIRO LEÃO, Renato Zerbini (coord.). **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos**: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris ed., 2005, Tomo I, p. 56.

⁴³⁷ NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., 2010, p. 48-49.

⁴³⁸ LOUREIRO, João Carlos, op. cit., 2010, p. 205.

⁴³⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2004, p. 26.

⁴⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

agravos e no estabelecimento de condições que assegurem **acesso universal** e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (grifo nosso).⁴⁴¹

Percebemos que há uma previsão infraconstitucional específica tratando do acesso universal ao direito prestacional à saúde, regulamentado o exercício do direito previsto no art. 196 da CF/88. A LOS colabora na definição desse direito, estruturando o SUS e, assim, tornando claro seus objetivos e suas atribuições, sendo, inclusive, responsável pela organização financeira do SUS ao disciplinar o processo de planejamento e orçamento (transferências intergovernamentais de recursos financeiros)⁴⁴².

O acesso universal encontra uma barreira nas limitações orçamentárias do Estado examinadas ao longo da pesquisa. O significado da expressão “direito de todos” deve ser compreendida com base, também, na realidade orçamentária diante do que o Estado pode realmente prover, desde que não viole a dignidade da pessoa humana ou gere um dano irreparável.

Entendemos que as limitações existentes trazem duas consequências: a primeira é a racionalização de recursos (dever estatal), como forma de efetivação do acesso universal, e a segunda é a universalidade do acesso condicionada a algumas circunstâncias objetivas, a qual trataremos no significado da isonomia do acesso (subseção 3.5.2).

Entendemos que o argumento “eu contribuo, logo eu tenho direito ao acesso irrestrito à saúde”, gera uma simplificação da efetivação do direito prestacional à saúde que não pode vingar⁴⁴³. Nossos indicadores, ou mesmo o contexto histórico-social em que vivemos, apontam para uma sociedade ainda marcada pela desigualdade social. Embora, na última década, tenhamos passado por um processo de inclusão social por meio de políticas públicas voltadas a prover o mínimo para uma vida digna (decente), ainda podemos afirmar que vivemos em uma sociedade desigual⁴⁴⁴. Por isso, a definição do sentido da universalidade, bem como da igualdade no acesso aos serviços e prestações em saúde, são condicionantes à efetivação do direito prestacional à saúde.

Assim, a concretização do direito à saúde por meio do acesso universal deve corresponder a parâmetros que possam ser levados a sério, “juntamente com princípios da

⁴⁴¹ BRASIL. **Lei Orgânica da Saúde**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso: 03.12.13.

⁴⁴² DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 251.

⁴⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner, op. cit., 2013, p. 42.

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 42.

solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade.”⁴⁴⁵. O sistema deve prover serviços que possam abranger o maior número de pessoas sem, com isso, descuidar-se da qualidade desses serviços⁴⁴⁶.

Em outras palavras, o acesso universal significa o acesso de todos diante das possibilidades materiais do Estado. Diante disso, há a imposição da racionalização dos recursos em saúde pública, até porque o avanço tecnológico e o descobrimento de novas drogas tornaram inevitável o aumento do custo efetivo das políticas públicas de saúde⁴⁴⁷. A racionalização é a consequência direta em face de problemas de distribuição de recursos e a universalidade do acesso⁴⁴⁸. Com isso, o Estado deve agir em proveito da otimização dos recursos públicos para atender uma maior faixa dos usuários dos serviços de saúde⁴⁴⁹. Sob uma perspectiva filosófica, poderíamos dizer que a CF/88, ao fixar bens e valores a serem buscados pela sociedade, impõe que o direito à saúde não seja exercido de forma ilimitada e irracional, opondo o indivíduo ao Estado, desconsiderando a comunidade⁴⁵⁰.

A previsão do art. 196 da CF/88 impõe ao Estado a disponibilização de prestações aptas a promover, proteger e recuperar as condições de saúde, dentro dos limites das verbas alocadas, na tentativa de maximizar em termos de ações e serviços de saúde.⁴⁵¹ A universalidade, dentro desse contexto, não pode significar o benefício a um cidadão e o prejuízo à coletividade, gerando a diminuição de verbas destinadas às políticas públicas de saúde em detrimento de suas necessidades⁴⁵².

Nesse sentido, percebemos, na universalidade em matéria de prestações em direito à saúde, uma finalidade a ser atingida pelo Estado que, para tanto, utiliza-se da racionalização dos recursos. As prestações promovidas pelo Estado, como medicamentos e tratamentos disponibilizados pelo SUS, devem ter, como base, critérios ligados ao custo e ao benefício de tais, de maneira a formar um plexo de prestações capaz de otimizar recursos e de promover o acesso à saúde. Em verdade, encaramos a universalização do acesso à saúde como um “processo de universalização”, ou seja, um processo de extensão e cobertura das ações e dos serviços, de maneira que se tornem, paulatinamente, acessíveis ao maior número de indivíduos.

⁴⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., 2013, p. 42-43.

⁴⁴⁶ Ibidem, p. 43.

⁴⁴⁷ SYRETT, Keith, op. cit., p. 32.

⁴⁴⁸ Ibidem, p. 45.

⁴⁴⁹ SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 83.

⁴⁵⁰ MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 2001. p. 45.

⁴⁵¹ BOTELHO, Ramon Fagundes, op. cit., p. 153.

⁴⁵² AMARAL, Gustavo, op. cit., p. 30.

Diante desse quadro, há o conflito em relação às opções políticas do Estado na definição das prestações em matéria de saúde face ao acesso universal. Por exemplo, decide-se em favor das diferenças interindividuais, ou pelas diferenças entre o indivíduo, e a média; escolhe-se entre a desigualdade relativa ou absoluta para determinar o peso que se confere aos fins de distribuição⁴⁵³. A universalidade coloca em questão a opção político-legislativa entre a justiça individual e a justiça geral e, para que se possa promover o acesso universal, é preciso optar por medidas gerais que possam atender parcela significativa dos indivíduos⁴⁵⁴.

Há várias formas de expressar a racionalização para a promoção do acesso universal a prestações em direito à saúde: (1) a primeira, e mais comum, é negar uma determinada prestação para o melhor aproveitamento dos recursos. É o caso em que há o pedido de um medicamento e decide-se por não o prover a um determinado indivíduo ou determinado grupo em função de ser ainda um medicamento experimental ou sem eficácia comprovada⁴⁵⁵. Assim, não haveria prejuízo ao acesso universal.

Além dessa, existe também (2) a possibilidade de realizar a racionalização por seleção, ou seja, a denegação de determinados tratamentos não em função de sua natureza, mas de acordo com seus potenciais beneficiários. Por exemplo, a restrição do acesso ao tratamento de câncer de próstata para homens acima de 65 anos na Inglaterra. Esse critério baseia-se no julgamento clínico de que esse grupo de homens não terá um ganho significativo, em termos de condição para uma vida decente, com a provisão do tratamento.⁴⁵⁶

O terceiro método de racionalização (3) é por atraso. É, talvez, o método mais comum, conhecido pelas chamadas listas de espera. Esse mecanismo serve para amortecer a demanda, dissuadindo os indivíduos de buscarem tratamento médico e, em parte, encorajando aqueles

⁴⁵³ VALE, Luís António Malheiro Meneses do. Responsividade nos Sistemas Públicos de Saúde: o exemplo da OMS. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Stvdia Iuridica, ad honorum n.º 5, estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jorge Figueiredo Dias***, 2010. p. 1071.

⁴⁵⁴ FOSTER, Charles. Simply Rationality? The law of the healthcare resource allocation on England. **Journal of Medical Ethics**. Vol. 33, n.º 7, 2007. p. 406-407. Disponível em <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2598137/>> Acesso: 01.02.14.

⁴⁵⁵ SYRETT, Keith, op. cit., p. 46. Nesse sentido, há um caso julgado pela Corte de Apelação da Inglaterra em relação ao fornecimento do medicamento Hereceptina para o combate do câncer de mama. Apesar da negativa em prol do melhor aproveitamento dos recursos, em função do alto custo do tratamento, a Corte de Apelação concluiu que o Sistema de Saúde da Inglaterra agiu ilegalmente ao gerir uma política que pretendia, excepcionalmente, a prestação de “hereceptina” mediante prova da excepcionalidade, mas que, na prática, mostrou-se impossível prever quais seriam as circunstâncias excepcionais que justificassem a não provisão de fundos de um paciente para outro. **INGLATERRA. Court of Appeal. R (on the application of Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust and Another (2006)**. Disponível em <http://www.medlaw.eu/r_v_swindon_nhs_primary_care_trust.asp> Acesso: 01.02.14.

⁴⁵⁶ SYRETT, Keith, op. cit., p. 46. Embora, nesse caso, seja controversa eticamente a “escolha conforme o merecimento do tratamento”. COOKSON, R; DOLAN, P. Public Views on Health Care Rationing: a group discussion study. **Health Policy**. N.º 49, 1999. p. 70-71. Disponível em <http://medprof.bjmu.edu.cn/xsqy/48_Public%20views%20on%20health%20care%20rationing%20a%20group%20discussion%20study.pdf> Acesso: 01.02.14.

com renda suficiente para encontrar um tratamento privado. De fato, a aplicação do método das listas de espera gera uma polêmica menor do que (1) e (2).⁴⁵⁷ Contudo, esse método não está tão associado à escassez de recursos financeiros. As listas de espera velam as discrepâncias entre o que é ofertado pelo Sistema de Saúde e aquilo que pode ser feito pelo Sistema de Saúde, embora, de uma maneira secundária, as listas de espera gerem a racionalização de recursos⁴⁵⁸.

O acesso universal ao direito prestacional à saúde como forma de dever do Estado de racionalizar em termos de prestações, para funcionar, de acordo com as estratégias aqui expostas, deve contar com uma longa cadeia entre esses instrumentos e os profissionais que atuam na saúde. O processo tem início quando se procura o SUS e define-se o grau de prioridade. Após, há o contato com o médico que decidirá qual tratamento e/ou medicamento deverá ser adotado; depois, com a prioridade que recebe no hospital em termos de atendimento ou quanto tempo ficará em tratamento. Estes aspectos contribuem diretamente para a efetividade da racionalização na saúde pública⁴⁵⁹.

Tais instrumentos, quando utilizados na promoção do acesso universal, conjugam os recursos disponíveis para efetivação do direito à saúde com base nos anseios e nas características de muitos indivíduos. É considerada, nesse desiderato, a medida da utilidade social para os indivíduos em ter determinado tratamento e/ou medicamento no campo da decisão político-legislativa⁴⁶⁰.

Dentro do panorama dogmático-constitucional brasileiro, é impensável o acesso universal como um acesso irrestrito ao direito prestacional à saúde, isto é, sem quaisquer limitações. Contudo, entendemos que a universalidade não autoriza que o serviço prestado deixe de ser gratuito, ou seja, não há a possibilidade de hospitais e postos de saúde públicos cobrarem por seus serviços (ainda que demonstrado os requisitos do art. 79 do CTN). A estipulação de taxas violaria a universalidade do acesso ao direito prestacional à saúde⁴⁶¹,

⁴⁵⁷ SYRETT, Keith, op. cit., p. 47.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 48.

⁴⁵⁹ KLEIN, R. Dimensions of Rationing: who should do what? **British Medical Journal**. Vol. 31, n.º 307, jul., 1993. p. 309. Disponível em < <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1678573/> > Acesso: 01.02.14.

⁴⁶⁰ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip, op. cit., p. 36.

⁴⁶¹ Nesse sentido, entendemos que há duas alternativas para o financiamento da saúde: 1) manutenção dos atuais níveis de financiamento e otimização (racionalização) dos recursos em termos de eficiência; 2) aumento do financiamento público pela via (politicamente controversa) dos impostos. VALE, Luís Meneses do. A Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do Direito à protecção à saúde: alguns momentos fundamentais. **Jurisprudência Constitucional**, n.º 12, out./dez, 2006. p. 40.

além de existir dispositivo na Lei n.º 8080/90 (art. 43), que afirma a gratuidade dos serviços públicos nessa área⁴⁶².

Diante disso, concluímos que: a) o acesso universal ao direito prestacional à saúde não é ilimitado; a.1) o acesso universal é um fim a ser realizado (processo); a.2) o acesso universal deve preconizar um parâmetro geral (justiça geral) que possibilite a um amplo número de indivíduos ter-lhe acesso; b) o Estado deve adotar políticas de acesso para racionalizar recursos; b.1) é possível a restrição pela negação do acesso em função do custo e da segurança no fornecimento; b.2) é possível a restrição do acesso pela seleção de acordo com as características do requerente e da eficiência do tratamento/medicamento; b.3) é possível a restrição ao acesso pelas listas de espera; c) essas condições são constitucionalmente adequadas para a promoção do acesso universal aos bens e serviços em saúde.

3.5.2 O significado do acesso igualitário

A CF/88 não deixa dúvidas em relação ao acesso igualitário como um dos princípios da organização e promoção das políticas públicas de saúde no Brasil, visto a previsão no art. 196, *caput*⁴⁶³; na Lei Orgânica da Saúde, há previsão expressa a esse princípio, em seu art. 2º, §1º⁴⁶⁴. Contudo, questionamos o significado do acesso igualitário, considerando a escassez de recursos financeiros para a efetivação do direito prestacional à saúde e, por conseguinte, a necessidade de racionalização desses recursos.

Dessa maneira, pretendemos demonstrar que o fornecimento dos medicamentos/tratamentos é primordial àqueles que comprovarem a sua hipossuficiência, no caso de medicamentos de alto custo. Aqui, a hipossuficiência é entendida, no sentido preconizado pela jurisprudência em matéria de fornecimento de medicamentos, como não se poder arcar sem se

⁴⁶² “Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.” BRASIL. **Lei Orgânica da Saúde**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso: 03.12.13.

⁴⁶³ “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.” (grifo nosso) BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

⁴⁶⁴ “Art. 2º, § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e **igualitário** às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.” (grifo nosso) BRASIL. **Lei Orgânica da Saúde**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso: 03.12.13.

privar dos recursos suficientes à própria manutenção e de sua família⁴⁶⁵. Como podemos perceber, o direito prestacional à saúde não ostenta caráter incondicionado; da mesma forma que há limites à universalidade, há também limites à isonomia no acesso⁴⁶⁶. A exigência da comprovação da hipossuficiência não significa violar a igualdade no acesso.

As prestações e serviços em saúde disponibilizados pelo Estado não o são de forma ilimitada, independentemente de um exame da condição individual do requerente, principalmente se levarmos em conta a escassez de recursos para a saúde pública. Ademais, a CF/88 não assegura a gratuidade sem nenhum tipo de condicionamento no acesso ao direito à saúde. Diferente desse caso é, por exemplo, o direito à educação, ao qual o art. 208, I da CF/88 assegura a gratuidade do ensino fundamental expressamente⁴⁶⁷.

De fato, diante do art. 196 da CF/88, no Rio Grande do Sul, há a Lei n.º 9908/93, que garante a gratuidade do fornecimento de medicamentos de uso excepcional aos necessitados. Diz a lei:

Art. 1º - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para **pessoas que não puderem prover as despesas com os**

⁴⁶⁵ Não se pode perder de vista o sentido já constituído ao termo hipossuficiência em diversas áreas do direito. No direito do consumidor, por exemplo, “A hipossuficiência, que é um conceito próprio do CDC, relaciona-se à vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Não é uma definição meramente econômica, conforme parte da doutrina tentou inicialmente cunhar, relacionando-a ao conceito de necessidade da assistência judiciária gratuita. Trata-se de um conceito jurídico, derivando do desequilíbrio concreto em determinada relação de consumo. Num caso específico, a desigualdade entre o consumidor e o fornecedor é tão manifesta que, aplicadas as regras processuais normais, teria o autor remotas chances de comprovar os fatos constitutivos de seu direito. As circunstâncias probatórias indicam que a tarefa probatória do consumidor prejudicado é extremamente difícil”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 348. Também: BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64. Em relação ao direito processual civil, “Basta que o próprio interessado, ou seu procurador, declare, sob as penas da lei, que o seu estado financeiro não lhe permite arcar com o custeio do processo. [...] O art. 4º, da Lei 1.060, com a nova redação que lhe deu a Lei 7.510, dispensa o ‘termo de declaração de pobreza’ da Lei 7.115. Basta, agora, que o interessado na assistência judiciária, na própria petição inicial, afirme que ‘não está em condições de pagar as custas do processo, e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família’. É a pobreza presumida, nos termos do § 1º (de nova redação), do art. 4º, da Lei 1.060”. CASTRO, José Roberto de. **Manual de assistência judiciária**. 2. ed. São Paulo: Aide, 1987. p. 104. Por fim, o Direito do Trabalho não trata os sujeitos da relação como iguais, capazes de se relacionarem em condições equivalentes, mas, pelo contrário, reconhece a inferioridade do trabalhador diante do empresário, motivo por que cria privilégios ao hipossuficiente, a favor de quem suas normas devem ser interpretadas, a fim de reduzir, por meio da desigualdade jurídica criada, a desigualdade de fato existente. MORAES FILHO, Evaristo de. e MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTR, 1995.

⁴⁶⁶ AZEM, Guilherme Beux Nassif. Direito à saúde e comprovação da hipossuficiência. In: ASSIS, Araken de. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 16.

⁴⁶⁷ “Art. 208, I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único - Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente. (grifo nosso)⁴⁶⁸

Essa regra operacionaliza o direito prestacional à saúde diante de uma realidade orçamentária em que os recursos não são finitos, considerando a afirmação dos direitos sociais como uma forma de compensação ou, mesmo, de distribuição de bens àqueles que se encontram à margem de uma vida decente; a gratuidade indiscriminada acaba por concentrar ainda mais a distribuição de medicamentos e/ou tratamentos de saúde⁴⁶⁹. Em outras palavras, o acesso universal e igualitário possui uma acepção material diante dos custos que o direito prestacional à saúde gera⁴⁷⁰.

A escassez de recursos é um argumento justificável para a significação da isonomia do acesso à saúde, tendo em vista a desigualdade que existe na distribuição dos serviços e de ações em saúde no Brasil. A distribuição de recursos e, portanto, a forma como se proporciona o acesso é central em virtude de seu caráter determinante à realização do direito prestacional à saúde. Nas palavras de Grosman, “[p]or eso, es imposible contestar en abstracto si una persona tiene derecho que su Estado le provea un tratamiento médico muy costoso sin atender a la particular situación económica del país en cuestión”⁴⁷¹. Basta analisarmos a relação do valor do salário mínimo⁴⁷², que é a realidade de grande parcela da população brasileira, com as necessidades às quais ele deve atender que perceberemos que é um valor insuficiente para arcar com medicamentos de alto custo.

Seguimos esse raciocínio a partir da constatação de que, quando há uma situação econômica que apresenta traços que ensejam a escassez de recursos para a saúde, precisamos distribuir esses recursos. Como consequência da distribuição, por certo, nem todos os indivíduos terão acesso aos medicamentos/tratamentos disponibilizados pelo SUS. Nesse

⁴⁶⁸ BRASIL. Rio Grande do Sul. Ministério Público do Rio Grande do Sul. **Lei Estadual n.º 9908/93**. Disponível em < <http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id331.htm> > Acesso: 02.02.14.

⁴⁶⁹ AZEM, Guilherme Beux Nassif. Direito à saúde e comprovação da hipossuficiência. In: ASSIS, Araken de. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 17.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 17.

⁴⁷¹ “Por isso, é impossível contestar em abstracto se uma pessoa tem o direito de seu Estado prover um tratamento médico muito caro, sem atentar à situação econômica do país em questão” (tradução nossa) GROSMAN, Lucas. **Escasez e Igualdad: los derechos sociales en la Constitución**. Buenos Aires: Libreria, 2008. p. 27.

⁴⁷² Segundo as estatísticas do Censo Demográfico de 2010, cerca de 57% da população brasileira tem uma renda entre ½ e 2 salários mínimos. Disponível em < <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/12/19/ibge-72-dos-brasileiros-ganhavam-ate-2-salarios-minimos-em-2010.htm> > Acesso: 12.12.13

quadro, necessitamos garantir que essa distribuição de recursos não seja incompatível com o regime jurídico do direito à saúde na CF/88⁴⁷³.

Além disso, os recursos devem ser harmonizados com as outras prestações em matéria de direitos fundamentais e, também, com a própria integralidade do direito à saúde, o qual prevê não apenas o atendimento para os casos de realização de tratamentos curativos, mas a prática da medicina preventiva.

No caso da gratuidade, não há nenhuma previsão constitucional. Entendemos, portanto, que é possível fornecer primordialmente aos hipossuficientes, sem com isso ferir o acesso isonômico, no caso dos medicamentos de alto custo, sendo justificável constitucionalmente a medida⁴⁷⁴. Se não houver uma equalização no acesso, pode-se chegar à mesma situação que ocorre na justiciabilidade do direito prestacional à saúde, que tem sido, em grande parte, restrito a um grupo privilegiado em termos de condições econômicas⁴⁷⁵, distando dos objetivos constitucionais (art. 3º da CF/88). A CF/88 não restringe o acesso aos medicamentos de alto custo apenas aos expressamente hipossuficientes; essa hipótese verifica-se diante da promoção da igualdade.

Em nosso viés, o tratamento diferenciado justifica-se sob a ótica do princípio da igualdade, promovendo – e não vedando o acesso igualitário – os objetivos constitucionais previstos no art. 3º, I e III da CF/88, qual sejam, construir uma sociedade solidária e reduzir as desigualdades sociais.

A obra “Teoria da Igualdade Tributária”, tese de livre docência do Prof. Dr. Humberto Ávila, apresenta um caminho para verificarmos a compatibilidade de diferenciações com o princípio da igualdade. Percebemos que, apesar de tratar fundamentalmente de uma hipótese do Direito Tributário, encontram as lições universalidade nas diversas áreas do Direito. Nesse sentido, partimos do pressuposto de que, para estabelecer o tratamento diferenciado aos indivíduos, é necessária uma medida de comparação, ou seja, uma medida comum de comparação entre os indivíduos⁴⁷⁶. No caso do direito prestacional à saúde, a medida de comparação é a condição econômica do indivíduo que intenta o fornecimento junto ao SUS. Na dicção de Humberto Ávila, “[u]ma medida é pertinente quando ela se vale de elementos

⁴⁷³ Lucas Grosman chama isso de “paradigma da escassez”, em que a função do Judiciário seria verificar se a distribuição de recursos (sentido amplo) é compatível com a Constituição. *Ibidem*, p. 40.

⁴⁷⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 44.

⁴⁷⁵ Demonstra empiricamente, v. amplamente SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. **Claiming the Right of Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1143281_code822733.pdf?abstractid=1133620&mirid=1> Acesso: 10.12.14.

⁴⁷⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann, *op. cit.*, 2009, p. 43.

que, presentes, provocam efeitos que contribuem para a promoção da finalidade; uma medida é impertinente quando sua existência nada diz quanto à promoção da finalidade normativa.”⁴⁷⁷

A finalidade que justifica a utilização de tal medida de comparação⁴⁷⁸ foi explicitada anteriormente e pode ser apresentada sumariamente da seguinte forma: a promoção do acesso aos serviços e ações em saúde àqueles que, de fato, não possam arcar com um tratamento/medicamento diante de um contexto socioeconômico de desigualdade e de escassez, em termos orçamentários. Dessa forma, é possível propiciarmos, respectivamente, acesso ao direito prestacional à saúde aos que necessitam de medicamentos/tratamentos como o mínimo para uma vida decente e o equilíbrio orçamentário, tendo em vista os custos que são gerados por todos os direitos fundamentais.

Além da medida de comparação, é necessário saber como pode ser verificada a capacidade econômica (elemento indicativo). No nosso caso, trata-se da relação entre a renda do indivíduo (considerando os recursos financeiros que dispõe faticamente) e o valor do medicamento/tratamento que pleiteia junto ao Estado, o que chamamos de hipossuficiência⁴⁷⁹. “E, entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo, deve haver uma relação *fundada e conjugada*. Esse ponto é crucial.”⁴⁸⁰ Essa relação é verificada estatisticamente.

Para a maior parte dos casos, no caso do direito prestacional à saúde, o elemento indicativo da hipossuficiência são as condições do indivíduo arcar com o medicamento/tratamento⁴⁸¹. Não basta apenas considerar a renda do indivíduo, mas a comprovação da sua condição econômica global, ou seja, os recursos financeiros que dispõe faticamente face ao valor do medicamento/tratamento que busca o fornecimento junto a determinado ente estatal. Esse é o entendimento do legislador gaúcho, conforme o art. 1º da Lei n.º 9908/93, bem como em algumas decisões do STF⁴⁸².

Estabelecer essa resignificação do acesso igualitário não significa violar a cláusula do acesso aos medicamentos para todos, mas a compatibilização da exigibilidade do direito

⁴⁷⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2009, p. 47.

⁴⁷⁸ Ibidem, p. 44.

⁴⁷⁹ A hipossuficiência é considerada nas razões de decidir, embora não seja o argumento central à concessão do medicamento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 434**. Min. Gilmar Mendes. D.J. 16.4.10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 283**. Min. Gilmar Mendes. D.J. 7.4.10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 713241**. Rel. Min. Carmen Lúcia. D.J. 8.12.12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 713231**. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 7.12.12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 650312**. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 19.11.12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 669955**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. D.J. 7.8.12.

⁴⁸⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2009, p. 48.

⁴⁸¹ Ibidem, p. 48-49.

⁴⁸² Cfe. nota de n.º 479.

prestacional à saúde com os seus reflexos orçamentários, os quais precisam ser levados a sério, inclusive, diante da necessidade da realização dos objetivos constitucionais.

Portanto, concluímos que: a) o acesso igualitário aos serviços e ações em saúde é o acesso, primordialmente, aos hipossuficientes, no caso de medicamentos/tratamentos de alto custo; a.1) diante da escassez de recursos para a saúde; a.2) diante do contexto histórico-social brasileiro de desigualdade; a.3) diante da realização dos objetivos constitucionais do art. 3º, I e III; b) a hipossuficiência deve ser compreendida a partir da condição econômica global do indivíduo; c) a medida de comparação atende à finalidade do acesso à população mais carente que não poderia custear medicamentos/tratamentos por sua própria condição; b) o elemento indicativo de não ter condições de arcar com o medicamento/ tratamento sustenta-se com base no entendimento apresentado pelo STF.

3.5 Conclusões Parciais

O título do livro que utiliza como base a pesquisa de Flávio Galdino, “Direitos não nascem em árvores”⁴⁸³, ainda está atual. De fato, os direitos fundamentais, sejam individuais, sociais, políticos ou transgeracionais, geram custos ao Estado. Para financiá-los, o Estado conta com o Orçamento Público, que preverá as despesas e receitas para o seu custeio. Adotamos um Orçamento que se divide em três: PPA, LDO e LOA. É a partir da previsão de recursos na LOA que são disponibilizados serviços e ações em matéria de direito prestacional à saúde. A noção de integralidade da saúde amplia o leque de serviços e ações, pois deve contar com trabalho de prevenção e de fornecimento de medicamentos/tratamentos para os indivíduos. As decisões político-legislativas tomadas no âmbito orçamentário refletem diretamente na implementação do direito prestacional à saúde, posto que sem o orçamento não haveria prestações.

O Estado não tem a possibilidade de fornecer todos os serviços de saúde ou prestações em saúde de acordo com o que cada indivíduo necessita. Adota-se, nesse sentido, uma medida de justiça geral visando a atender a uma parcela significativa da população. Isso porque os recursos disponibilizados à saúde são escassos, o que não significa a adoção de um processo de redução de despesa, mas de racionalização na aplicação e na distribuição dos recursos.

⁴⁸³ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Os recursos disponibilizados na LOA têm o poder de autorizar a despesa, mas, em função de sua previsibilidade, não vinculam o Poder Executivo. Como solução do ponto de vista orçamentário, a CF/88 apresenta a vinculação (obrigatoriedade de execução) de parcela de recursos destinados à saúde e sua aplicação progressiva (LC n.º 141/2012). Além disso, está em discussão a possibilidade da implementação do Orçamento Impositivo para a saúde. Apesar de todas as possibilidades, percebemos que estaríamos lidando com escassez de recursos para a saúde, pois é inviável economicamente atender todas as necessidades individuais. Também existe a possibilidade do controle judicial do orçamento da saúde, tanto no caso de vinculação quanto no caso de autorização.

Todas essas condicionantes orçamentárias devem ser conjugadas para a interpretação do art. 196 da CF/88 no que diz respeito ao acesso universal e igualitário. Quanto ao primeiro, deve possibilitar o acesso ao maior número de indivíduos e deve ser um fim a ser realizado pelo Estado. Quanto ao segundo, o Estado deve, prioritariamente, atender aos hipossuficientes, no caso dos medicamentos de alto custo.

Como se pode perceber, a exigibilidade dos direitos fundamentais gera custos ao Estado, para os quais é organizado o Orçamento Público. Sem a previsão no Orçamento Público não há como financiar o direito prestacional à saúde. Desta forma, a justiciabilidade do direito à saúde, sem critérios constitucionais que considerem os custos dos direitos fundamentais, atenta à Constituição e permite uma ingerência além dos limites do Poder Judiciário.

4 CRITÉRIOS PARA A INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NA EXIGIBILIDADE DO DIREITO PRESTACIONAL À SAÚDE

[...] a escassez de recursos como argumento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais.⁴⁸⁴

According to one of the most assiduous critics of the judicialization of health in Brazil, Senator Tião Viana of the incumbent Labour Party, R\$ 2 billion (US\$ 1 billion) were spent between January and October 2009 to fund treatment ordered by courts against all spheres of government (*Correio Braziliense* 2009). If these data are accurate, litigation at the state and municipal levels in 2009 would have exceeded federal litigation by nineteen times in terms of costs, consuming around 8% of state and municipal health budgets.⁴⁸⁵

4.1 Considerações preliminares

Os dois artigos citados acima apontam para o problema que a tese procura responder: como equilibrar a exigibilidade do direito prestacional à saúde em relação aos custos que geram os direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva calcada na CF/88? Pois se, de um

⁴⁸⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 121.

⁴⁸⁵ “De acordo com o mais assíduo crítico da judicialização da saúde, Senador Tião Viana (PT), R\$ 2 bilhões (US\$ 1 bilhão) foram gastos entre janeiro e outubro de 2009 para financiar tratamentos ordenados pelo Poder Judiciário contra todas as esferas do governo (*Correio Braziliense*, 2009). Se esses dados estão corretos, a litigância nos estados e nos municípios, em 2009, excederam a litigância federal em dezenove vezes, em termos de custos, consumindo cerca de 8% das finanças do estado e do município.” FERRAZ, Octavio L. Motta. Brazil. Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health. In: YAMIN, Alicia; GLOPPEN, Siri. **Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?** Cambridge: Harvard University, 2011. p. 83.

lado a CF/88 adotou um regime de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, par. primeiro), por outro lado, diante da constatação de que os direitos geram custos, criou uma forma de financiamento (tributos) e de ordenação da Administração Pública para a sua efetivação (Orçamento Público).

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

Para o Judiciário, as restrições orçamentárias não se tornam obstáculo absoluto à intervenção⁴⁸⁶. A despeito da discussão dos limites da relação entre os três Poderes, o Judiciário concretiza o texto da Constituição a partir de sentidos mínimos já constituídos⁴⁸⁷. O papel do intérprete é reconstruir sentidos, deixando de lado a ideia de que o “Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”⁴⁸⁸.

Nesse sentido, os critérios – estabelecidos a partir da tensão entre os capítulos 2 e 3 – buscam apresentar significados mínimos para a atividade do intérprete, aceitando que não é sustentável uma intervenção ilimitada, podendo comprometer, inclusive, as políticas públicas de saúde.

Em que pese a definição do conteúdo dos direitos fundamentais sociais – seja, a princípio, dos órgãos parlamentares – a concretização dos direitos fundamentais não fica à disposição do arbítrio do legislador⁴⁸⁹. Existe um conteúdo essencial definido no plano da Constituição, tendo como base os princípios e direitos fundamentais⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ MELLO, Claudio Ari, op. cit., 2004, p. 171.

⁴⁸⁷ ÁVILA, Humberto, op. cit., 2012, p. 37.

⁴⁸⁸ Ibidem, p. 37. No mesmo sentido: GRAU, Eros Roberto, op. cit., 2006, p. 81. GUASTINI, Riccardo, op. cit., p. 385-386. GUASTINI, Riccardo. **La sintassi del diritto**. Torino: G. Giappichelli, 2000. p. 160-161. Ainda sobre os significados essenciais, vale recorrer à expressão ideologia constitucional como “aquela definida em Direito Positivo, no Estado de Direito, pela Constituição vigente, em cada época e em cada país”. SOUZA, Washington Albino Peluso de, op. cit., p. 32-33.

⁴⁸⁹ MELLO, Claudio Ari, op. cit., 2004, p. 159.

⁴⁹⁰ Ibidem, p. 159.

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

Dessa forma, dividimos o capítulo em duas partes: critérios de exigibilidade imediata e critérios de exigibilidade mediata. Aqueles que tratam da exigibilidade imediata estão ligados a circunstâncias em que estamos diante de um direito subjetivo, a partir de um não cumprimento de uma regra prevista numa política pública. Neste caso, fere-se uma norma constitucional ou uma política pública. Quanto aos critérios de exigibilidade mediata, são aqueles que exigem o exame de todas as circunstâncias ligadas ao caso concreto pelo Poder Judiciário, exigindo que o intérprete construa as normas, deixando-o livre para, diante das circunstâncias concretas, fazer a conexão entre as normas e os fins a que servem⁴⁹¹. No segundo caso, sem dúvida, residem as maiores dificuldades.

Passemos ao exame dos diferentes critérios.

4.2 Critérios de exigibilidade imediata

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

Na definição das políticas públicas de saúde, o Poder Legislativo e o Poder Executivo podem tanto agir quanto omitir. As normas constitucionais relativas ao direito prestacional à saúde (arts. 6º, 196, 197, 198, 199 e 200) são objeto de configuração por parte dos Poderes Legislativo e Executivo na formulação e implementação das políticas públicas de saúde. Não têm a mesma densidade material que as normas que definem o *que* deve ser prestado em termos de políticas públicas⁴⁹².

No caso da saúde, as normas são mais abertas, deixando um âmbito maior de configuração à Administração Pública. Os dispositivos constitucionais não definem, por si, o

⁴⁹¹ “o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional” (p. 38). ÁVILA, Humberto, op. cit., 2012, p. 37-38. TARELLO, Giovanni. **L’interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè, 1980. p. 48-49.

⁴⁹² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Ativismo Judicial e Direito Tributário**. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. p. 152.

conteúdo do direito prestacional à saúde; porém, definem parâmetros à sua concretização. Vejamos o art. 196 da CF/88: (1) direito de todos, (2) dever do Estado, (3) definido em políticas públicas, (4) integralidade da saúde, (5) acesso universal e (6) acesso igualitário. Além disso, define, no art. 198, a existência do SUS⁴⁹³ e suas fontes de financiamento⁴⁹⁴, além das atribuições do SUS no art. 200 da CF/88.

O roteiro estabelecido a partir dos citados itens (1) a (6) tem sido objeto do STF na verificação da constituição do direito à saúde e do que o Judiciário deve examinar ao receber um pedido de medicamento e/ou tratamento, mormente, nas decisões da presidência e após a Audiência Pública n.º 4 de 2009, chamada pelo então Presidente do STF, Min. Gilmar Ferreira Mendes⁴⁹⁵.

Compreendemos que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estabelecem o *que é* fornecido, em termos de direito prestacional à saúde. Nesse sentido, a conduta do Poder Executivo poderá variar entre a configuração material ou a omissão absoluta na configuração das políticas públicas de saúde. Procuraremos demonstrar que, no caso da omissão absoluta, caberá a intervenção do Poder Judiciário, sem, com isso, descaracterizar ou imiscuir-se nas funções típicas dos supracitados poderes, pois excepcional⁴⁹⁶. Assim, torna-se um critério de exigibilidade imediata da prestação em termos de direito à saúde.

A omissão pode ser representada sob duas formas em relação ao direito prestacional à saúde: a primeira ligada à não previsão do tratamento e/ou medicamento nas políticas públicas de saúde e a segunda à existência de um tratamento e/ou medicamento nas políticas públicas de saúde; porém, sendo um tratamento/medicamento alternativo ao requerido. A situação que recebe nossa análise é a primeira, ficando a segunda para um momento posterior (subseção 4.3.1). Neste sentido, a omissão total (absoluta) da qual tratamos refere-se ao caso de prestações não previstas nas políticas públicas de saúde.

Quanto maior for a densidade normativa e, por conseguinte, a regulação do direito prestacional à saúde, reduz-se substancialmente o âmbito de atuação do Poder Judiciário. Se os Poderes Legislativo e Executivo realizam a configuração do direito à saúde, com base nos

⁴⁹³ BRASIL. **Lei Orgânica da Saúde**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm> Acesso: 03.12.13.

⁴⁹⁴ BRASIL. **Lei Complementar n.º 141/2012**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm> Acesso: 15.12.13.

⁴⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 421, 424 e 260**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 20.4.10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 316, 333, 434**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 16.4.10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 283**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 7.4.10.

⁴⁹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2011, p. 152.

itens citados, há o exercício adequado da liberdade de configuração⁴⁹⁷. Em outras palavras, quanto maior o estabelecimento de tratamentos de saúde, medicamentos que devem ser fornecidos para determinadas doenças, políticas para a atenção preventiva dos indivíduos e políticas para a existência de leitos nos hospitais, por exemplo, maior a vinculação do Poder Executivo e menor a possibilidade de configuração por parte do Poder Judiciário (tema da subseção 4.2.2).

O maior grau de participação democrática, tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo, na concretização das políticas públicas de saúde, definindo ações e serviços a serem prestados aos indivíduos, com base nos arts. 196 e seguintes da CF/88, restringe a possibilidade de definição dessas prestações pelo Poder Judiciário na efetivação do direito prestacional à saúde. Salientamos as palavras do Prof. Humberto Ávila: “só haverá ativismo judicial se o exercício da função judicial comprometer o exercício do poder democrático”⁴⁹⁸, salvo na hipótese da proteção insuficiente desse direito, gerando uma restrição injustificada⁴⁹⁹.

Nessa condição, a responsabilidade pela materialização das prestações em saúde é, em princípio, dos Poderes Legislativo e Executivo. Se essa não se realiza, fica ao encargo do Poder Judiciário preencher as lacunas deixadas por outros poderes⁵⁰⁰. A Constituição brasileira remete a concretização dos direitos fundamentais, primordialmente, às instâncias democráticas⁵⁰¹. Diante disso,

The point of having constitutional social rights protected by the judiciary is not to substitute judicial policy-making for governmental policy-making: it is to remedy violations of rights resulting from bad governmental policy-making. [...] it could indeed be that the rights thus protected will in fact only be *prima facie* rights; but they are rights none the less. Surely, a situation where *prima facie* rights are protected is preferable to a situation where no right at all is protected⁵⁰².

Nas políticas públicas de saúde, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo disporem da liberdade para definir o *que e em que condições* deverá ser o conteúdo do direito prestacional

⁴⁹⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2011, p. 153.

⁴⁹⁸ Ibidem, p. 152.

⁴⁹⁹ CLÉRICO, Laura, op. cit., p. 319-320.

⁵⁰⁰ ROBERTSON, David, op. cit., p. 36-37.

⁵⁰¹ MELLO, Claudio Ari, op. cit., 2004, p. 178.

⁵⁰² “A vantagem de ter direitos sociais constitucionais protegidos pelo Poder Judiciário não é substituir a formulação de políticas públicas pelo governo pela formulação de políticas públicas pelo Judiciário: é para remediar as violações dos direitos resultantes da má formulação de políticas governamentais. [...] Embora os direitos assim protegidos sejam apenas direitos *prima facie*, ainda assim são direitos. Certamente, uma situação em que *prima facie* direitos sejam protegidos é preferível a uma situação em que nenhum direito é protegido” (tradução nossa). FABRE, Cécile, op. cit., p. 178.

à saúde, isto é, a definição do seu conteúdo e de seus limites deve ser realizada em órgãos que tenham a primazia no processo de deliberação das questões políticas da comunidade⁵⁰³. Concordamos que, sem dúvida, aos Poderes Legislativo e Executivo, na concretização do direito prestacional à saúde, é reservado um espaço de atuação⁵⁰⁴; entretanto, a questão reside na omissão absoluta do Poder Executivo na determinação das prestações a serem destinadas à comunidade.

Ao existir uma lacuna numa determinada política pública de saúde, ou seja, se há a demanda por um determinado tratamento ou medicamento e não há a previsão dentro das políticas públicas de saúde para aquela determinada doença, estamos diante de uma omissão por parte do Poder Executivo. Os argumentos aqui já apresentados – como a previsão orçamentária, o significado do acesso universal ou, mesmo, a concreção de efetividade plena aos direitos econômicos, sociais e culturais, previsto no PIDESC – não significam submeter, sem questionamento, os destinatários das prestações em direito à saúde às medidas já adotadas pelo Estado. A justificativa da escolha político-legislativa não é absoluta em caso de omissão.⁵⁰⁵ Deve ser avaliado se o Poder Executivo adotou algum tipo de medida para elidir uma determinada doença ou se adotou medidas que pudessem assegurar aos usuários do serviço público de saúde condições de acesso aos serviços e ações em consonância com os fins previstos no art. 196 da CF/88⁵⁰⁶.

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

Contudo, compreendemos que as duas situações merecem tratamentos distintos. Na primeira, estamos diante de uma omissão absoluta por parte do Poder Executivo, uma vez que

⁵⁰³ FABRE, Cécile, op. cit., p. 178.

⁵⁰⁴ Ibidem, p. 182.

⁵⁰⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 134.

⁵⁰⁶ Ibidem, p. 135.

há um indivíduo ou grupo de indivíduos que possuem a doença, necessitam do tratamento/medicamento e o Estado se nega a fornecer por não constar nas políticas públicas de saúde.

O Poder Executivo não adota políticas capazes de garantir a saúde dos indivíduos afetados por determinada doença⁵⁰⁷. É o caso, no Brasil, por exemplo, do fornecimento gratuito de medicamentos para pacientes com HIV/AIDS, para que inicialmente, não havia previsão pelo Estado brasileiro. A omissão gerou o dever de fornecimento e de intervenção do Poder Judiciário, nas palavras do Min. Celso de Mello, ao tratar do art. 196 da CF/88 “[...] não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever [...]”⁵⁰⁸.

A margem existente para a Administração Pública definir o conteúdo do direito prestacional à saúde não pode tornar-se uma barreira insuperável ao Poder Judiciário. Se há fatos e evidências que reconhecem a existência de uma determinada doença que possa gerar um dano à vida de um indivíduo sem condições financeiras de arcar com seu próprio medicamento/tratamento, é possível a intervenção do Poder Judiciário para a determinação do fornecimento. Nesse sentido, a omissão total (ausência de medidas da Administração Pública) é um critério para justificar a intervenção judicial em um caso particular⁵⁰⁹, que deve ser universalizável, como condição de racionalidade para o estabelecimento de critérios⁵¹⁰.

A omissão absoluta do Estado gera o direito subjetivo ao portador da doença que necessite do tratamento ou medicamento; que lhe dê manutenção ou promova uma condição de vida decente⁵¹¹, pois não tem possibilidade financeira de arcar com o medicamento (sem

⁵⁰⁷ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 151.

⁵⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286-8/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 24.11.00. AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Minister of Health vs TAC**. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/16.html>> Acesso: 06.12.13.

⁵⁰⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 152.

⁵¹⁰ Adotamos o sentido proposto por MacCormick ao estabelecer um roteiro à solução dos chamados *hard cases*, segundo o qual devemos verificar a universalidade, a coerência e a consistência. A universalidade indica que a decisão deve conter uma premissa geral aplicável a uma situação idêntica. Cabe salientar que o próprio autor indica que a universalidade não é absoluta. As razões têm que ser universalizáveis, de modo a que correspondam a uma resposta racional em um sentido objetivo. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Capítulo V (Universais e Particulares). MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978. p. 73-99 (Capítulo IV). Nesse sentido: [...] se habla de la “universalización” del resultado de la ponderación. Así, un resultado regla de la ponderación es unversable si es aplicable para la solución de un nuevo caso, y lo es si las condiciones del antecedente del regla-resultado de la ponderación y las circunstancias del (nuevo) caso concreto, se pueden justificar como iguales o similares. De esta manera, se puede conciliar em el modelo de la ponderación orientado por reglas, por um lado, la consideración de lo concreto del caso y, por otro lado, la universalización, en tanto la regla-resultado de la ponderación no vale de forma definitiva. Sin consideración de las circunstancias concretas del (nuevo) caso, no se puede justificar la referida igualdad o similitud entre ambos casos.” CLÉRICO, Laura, op. cit., p. 182.

⁵¹¹ Que garantam o bem estar e autonomia dos indivíduos. FABRE, Cécile, op. cit., p. 8.

prejuízo de sua renda) e não tem previsão de quaisquer outros medicamentos e/ou tratamentos para a mesma doença nas políticas públicas de saúde, tratando-se de medida compensatória.

Na segunda situação, é o caso da demanda judicial requerendo melhorias nas condições para a prestação dos serviços e ações de saúde em função de uma omissão. Por exemplo, ampliação de leitos públicos nos hospitais, construção de hospitais, contratação de médicos em determinadas especialidades⁵¹². Nessa circunstância, os beneficiários da medida são imensuráveis, representando o exercício do direito à saúde em sua dimensão coletiva (transindividual), baseados na possibilidade da (re)distribuição de bens e serviços de saúde – conforme analisado na subseção 2.2.4. Aqui, é preciso verificar se foram adotadas as medidas necessárias à realização progressiva do direito prestacional à saúde, garantia prevista no PIDESC, ou seja, se as políticas públicas de saúde adotam ações para a melhoria das condições de prestação dos serviços de saúde para a coletividade.

Do contrário, a intervenção do Poder Judiciário, diante da escassez de recursos e dos limites orçamentários, representará, pelo contínuo afastamento das regras gerais, a descaracterização das políticas públicas de saúde: “política pública individual é um oxímoro, como silêncio eloquente”⁵¹³.

Se os Poderes Executivo e Legislativo têm políticas para a melhoria das condições de atendimento, é possível apor a limitação dos recursos orçamentários desde que atendam às balizas previstas no art. 196 da CF/88, inexistindo direito subjetivo à saúde. Na segunda possibilidade, a intervenção positiva do Poder Judiciário coloca em xeque as restrições orçamentárias do Estado a partir das opções político-legislativas realizadas, resultando em um inevitável “populismo judicial”⁵¹⁴.

Nesse sentido, concluímos que: a) as normas constitucionais não definem o conteúdo do direito prestacional à saúde; a.1) a concretização cabe aos Poderes Legislativo e Executivo; b) quanto maior a densificação, maior a vinculação do Poder Executivo às prestações, podendo ser exigidas no Judiciário; c) em caso de omissão absoluta, e o pedido for por um

⁵¹² No sentido proposto pela pesquisa: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.068.731/RS**. Rel. Min. Herman Benjamin. D.J. 08.03.12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.041.197**. Rel. Min. Humberto Martins. D.J. 16.09.09. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 642.536**. Rel. Min. Luiz Fux. D.J. 05.02.13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 581.352**. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 19.10.13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 740.800**. Rel. Min. Cármen Lúcia. D.J. 03.12.13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 809.018**. Rel. Min. Dias Toffoli. D.J. 25.09.12. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n.º 47**. Rel. Min. Gilmar Mendes. D.J. 17.03.10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 734.487**. Rel. Min. Ellen Gracie. D.J. 03.08.10.

⁵¹³ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2011, p. 154.

⁵¹⁴ PISARELLO, Gerardo, op. cit., 2007, p. 95.

medicamento/tratamento, o Poder Judiciário poderá intervir, determinando a escolha política; c.1) o demandante deverá comprovar dano à vida e hipossuficiência, tornando injustificável o não fornecimento; d) se o pedido for por melhorias no SUS, contratação de médicos, ampliação de leitos, devemos verificar se há políticas públicas, em implantação, dessas melhorias; d.1) caso essas políticas existam, descabe a intervenção do Judiciário; d.2) se, na mesma situação, a resposta for negativa, o Poder Judiciário determinará as políticas.

4.2.2 Não cumprimento de prestações previstas em políticas públicas de saúde

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

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

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

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

No Brasil, tanto a jurisprudência do STF quanto a doutrina encontram abrigo para esse argumento.

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

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública parece evidente.⁵¹⁵

Essa compreensão justifica-se e é salientada na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, uma das principais decisões do STF, em que busca estabelecer critérios para o controle judicial das políticas públicas de saúde e, inclusive, faz menção textual à Audiência Pública n.º 4 e à necessidade da determinação de critérios: “o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde [...] [É] apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”⁵¹⁶, concluindo que “esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão, em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes”⁵¹⁷.

Sob a ótica da dogmática constitucional, remete-se ao caso em que é realizada uma maior densificação normativa das normas constitucionais⁵¹⁸, isto é, com a existência de políticas públicas de saúde há a relação de medicamentos e tratamentos prestados pelo SUS de acordo com a enfermidade. A intervenção do Poder Judiciário tem em vista o cumprimento de regras estabelecidas pelo Poder Executivo não poderia, portanto, em sentido contrário, simplesmente desconsiderar as regras, o que, por si, configuraria ativismo judicial⁵¹⁹.

No caso de medicamentos e tratamentos em que há a previsão de fornecimento pela Administração Pública, estamos diante de um direito público subjetivo à saúde, sendo a

⁵¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 421, 424 e 260**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 20.4.10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.ºs 316, 333, 434**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 16.4.10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 283**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 7.4.10.

⁵¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 29.4.10.

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 29.4.10.

⁵¹⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2011, p. 153.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 153.

atividade do Poder Judiciário nada mais do que o cumprimento daquilo que a Administração determina como prestação. O Poder Judiciário deve assumir a tarefa de fazer cumprir as prestações previstas no desenho e na execução das políticas públicas. Dentro dessa perspectiva, as medidas adotadas no exercício do poder discricionário do Poder Executivo, ao concretizar as prestações em matéria de saúde, convertem-se em verdadeiras obrigações legais, tornando-se o Poder Judiciário o garante da execução das medidas das políticas públicas de saúde⁵²⁰.

Trata-se do cumprimento de obrigações claramente estabelecidas por leis e regramentos administrativos em matéria de direito prestacional à saúde. Ao Poder Judiciário caberá fazer cumprir/executar o estabelecido na legislação vigente, diferentemente de fixar escolhas político-legislativas distintas daquelas previstas na legislação⁵²¹. Importante fixar que, diante da concepção de Estado de Direito⁵²², subordinam-se todas as manifestações da Administração Pública à lei. Nesse sentido, a política pública corporifica-se, a partir da CF/88 e legislação infraconstitucional, em atos administrativos normativos⁵²³.

No Brasil, a partir da LOS, é organizada, por meio do Poder Executivo, uma série de atos normativos que determinam quais os medicamentos e tratamentos a serem disponibilizados pelo SUS. Em 1998, o então Ministro de Estado da Saúde, José Serra, publicou a Portaria n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998⁵²⁴, contendo a Política Nacional de Medicamentos, baseada nas recomendações da OMS. Na própria portaria, estão contidas informações como a formatação do seu processo de criação, suas diretrizes e princípios

⁵²⁰ ABRAMOVICH, Victor. La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely. **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: del invento a la herramienta**. México: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006. p. 152. Para ilustrar, há o chamado caso Viceconte (Mariela Cecília Viceconte) contra o Ministério da Saúde e Ação Social, julgado pela Câmara Nacional de Apelações do Contencioso Administrativo Federal. O Estado argentino assumiu a decisão política de fabricar uma vacina contra a Febre Hemorrágica. Em não fornecendo, a apelação contestou o descumprimento da obrigação que o Estado assumiu. Como resultado, o Tribunal assegurou o cumprimento da obrigação assumida pelo Estado argentino. ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. **Mariela Cecilia Viceconte contra Ministério da Saúde e Ação Social**. Julgado em 5.11.98. Disponível em < http://www.escri-net.org/sites/default/files/sentencia_2-6-98.doc> Acesso: 10.02.14.

⁵²¹ ABRAMOVICH, Victor. La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely. **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: del invento a la herramienta**. México: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006. p. 153.

⁵²² Ao contrário dos autores alemães, que assinalam o Estado a partir da fórmula *Macht-Staat*, Duguit aduz que a força irresistível do Estado é limitada pelo Direito. Sem dúvida, o reconhecimento do Estado como força o afasta do idealismo; porém o Estado subordinar-se ao Direito significa que a força não pode fundar o Direito e, sim, submeter-se a ele. DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. V. 1, Paris: Ancienne Librairie Fontenoing, 1927. p. 539-540.

⁵²³ LIMA, Ruy Cirne, op. cit., p. 223-226. Em sentido contrário: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. ano 35, n.º 138, abr./jun., 1998.

⁵²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 3916 de 30 de outubro de 1998**. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso: 10.5.2013.

conforme os adotados pelo SUS. Além disso, aduz que a proposta da política contou com a participação de diferentes segmentos, direta e indiretamente envolvidos com o tema, e, por fim, foi aprovada pela Comissão Nacional de Saúde⁵²⁵.

Para ajustar o fornecimento de medicamentos pelo Estado às necessidades do Brasil, adota-se a Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME)⁵²⁶, fundada com base nos maiores problemas de saúde do país e contando com os medicamentos básicos disponíveis para o tratamento. Essa relação deve ser continuamente atualizada. A RENAME é composta pela Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica; Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; Relação Nacional de Insumos; Relação Nacional de Medicamentos de Uso Hospitalar, conforme o art. 1º da Portaria n.º 533 do Ministério da Saúde⁵²⁷.

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

Nesse sentido, também há a Rede Brasileira de Laboratórios Analítico-Certificadores em Saúde (REBLAS), permitindo, no âmbito nacional, aos produtores “testemunhar, voluntariamente, a qualidade dos seus produtos colocados no comércio – que são adquiridos pelos serviços de saúde – e, ainda, a fiscalização e o acompanhamento da conformidade de medicamentos [...]”⁵²⁸ Além disso, na Portaria n.º 3916/98 do Ministério da Saúde, assevera-se que o Brasil deve manter uma política de incentivo e capacitação e o desenvolvimento tecnológico nacional, com o objetivo de estimular o aperfeiçoamento e a produção nacional⁵²⁹.

⁵²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 3916 de 30 de outubro de 1998**. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso: 10.5.2013.

⁵²⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 533 de 22 de março de 2012**. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome_pt_533_2012.pdf> Acesso: 10.5.2013. Quanto à lista de medicamentos: BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação de Medicamentos Essenciais (atualizada em 27.9.2012)**. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/anexos_rename_2012_pt_533_27_09_12.pdf> Acesso: 10.5.2013.

⁵²⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 533 de 22 de março de 2012**. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome_pt_533_2012.pdf> Acesso: 10.5.2013.

⁵²⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 3916 de 30 de outubro de 1998**. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso: 10.5.2013.

⁵²⁹ Ibidem. Também: DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari, op. cit, 2006, p. 260-261.

Em relação ao SUS, será sua responsabilidade, considerando as diretrizes do próprio sistema, a partir dos gestores em cada ente federado, viabilizar “o propósito desta Política de Medicamentos, qual seja, o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”.⁵³⁰

As prestações em matéria de direito prestacional à saúde podem advir, como visto, de regulamentos ou atos administrativos. Mesmo assim, geram a obrigação legal do fornecimento da prestação pela Administração Pública⁵³¹, não se cingindo apenas a atos legislativos propriamente ditos. Ainda que utilizássemos o argumento de se tratar de uma política pública e não um regulamento ou ato administrativo, entendemos que não pode um agente público recusar o cumprimento daquilo que propõe em respeito às expectativas legítimas⁵³² no interesse da boa administração⁵³³.

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

Nessa situação, a aposição da escassez de recursos para o não cumprimento das obrigações legais acaba afetando a integridade do direito prestacional à saúde⁵³⁴. Se o Estado deixa de prestar o que prevê, em termos de políticas públicas de saúde, estamos diante da violação do mínimo vital, a partir do entendimento próprio dos Poderes Legislativo e Executivo, enquanto órgãos legitimados para a deliberação democrática, acerca do que deve

⁵³⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n.º 3916 de 30 de outubro de 1998**. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso: 10.5.2013.

⁵³¹ ABRAMOVICH, Victor. La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales. In: YAMIN, Alicia Ely. **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: del invento a la herramienta**. México: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006. p. 153-154.

⁵³² SCHONBERG, Soren, op. cit., p. 25. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica: entre permanência e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 211.

⁵³³ Amplamente, v. FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁵³⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 121.

ser prestado em termos de políticas públicas. O direito a um mínimo vital é um direito subjetivo definitivo vinculante sem dúvidas⁵³⁵. Nas palavras de Alexy,

También los derechos sociales fundamentales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto, por si mismo, no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto.⁵³⁶

As políticas públicas de saúde, como forma de concretização do direito prestacional à saúde, estão sujeitas a uma reserva da política, isto é, a sua efetivação tem como destinatária a implementação pelos órgãos políticos do Estado⁵³⁷. Dessa maneira, os órgãos políticos são os responsáveis pelo estabelecimento das prestações mínimas vitais. Ao criarem as prestações, por sua vez, vinculam-se a uma obrigação legal, não podendo essa não ser concretizada sob o argumento da escassez de recursos. É por meio do estabelecimento do mínimo que é possível nos certificarmos do conteúdo justiciável (imediatamente) do direito prestacional à saúde⁵³⁸. Portanto, não é possível a escusa da escassez de recursos da Administração Pública para não cumprir aquilo que se propôs politicamente a fazer.

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

4.3 Critérios de exigibilidade mediata

⁵³⁵ ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 445.

⁵³⁶ “También os derechos sociales fundamentales mínimos têm consideráveis efeitos financeiros quando são muitos os que o fazem valer. No entanto, isso, por si mesmo, não justifica inferir a não existência desses direitos. A força do princípio da competência sobre o orçamento público do legislador não é ilimitada. Não é um princípio absoluto.” (tradução nossa) Ibidem, p. 455.

⁵³⁷ SCHULTE, Bernd. Direitos Fundamentais, Segurança Social e Proibição de Retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 304.

⁵³⁸ YOUNG, Katharine G. **Constituting Economic and Social Rights**. Oxford: Oxford, 2012. p. 81.

4.3.1 Prestações alternativas (omissão parcial)

4.3.1.1 Aplicação de juízo técnico

De um lado, há critérios de exigibilidade imediata, isto é, aqueles que aprioristicamente podem ser aplicados para o fornecimento de determinado medicamento e/ou tratamento e adequações que precisem ser feitas aos serviços e ações na saúde no Brasil, para a concretização do direito prestacional à saúde. Por outro lado, os critérios de exigibilidade mediata não permitem uma tutela judicial direta do direito prestacional à saúde, necessitando do exame e aplicação de estratégias para a sua proteção indireta a partir de critérios constitucionalmente adequados⁵³⁹.

Diante dos critérios mediatos, há um maior grau de intervenção do Poder Judiciário nas decisões político-legislativas a partir do aproveitamento das vias que permitem fruir das possibilidades de tutela jurisdicional e dos mecanismos de tutela jurisdicional que possibilitam essa intervenção⁵⁴⁰. Veremos que muitos desses mecanismos não representam uma ingerência política direta do Poder Judiciário nos Poderes Executivos e Legislativo, mas um juízo de correção, exatamente em espaços (zonas) que permitem contestar a escolha político-legislativa.

Nesse primeiro momento, investigaremos as chamadas “prestações alternativas”, que são aqueles casos em que a demanda por medicamento e/ou tratamento de saúde não corresponde àquilo que é disponibilizado pelo Estado para uma enfermidade determinada.

Para casos como esse, estabelecemos, com base doutrinária e jurisprudência, três exames que devem ser realizados pelo Poder Judiciário: (1) a aplicação do juízo técnico; (2) a aplicação do mínimo existencial; (3) a aplicação da reserva do possível. A partir desse triplo exame, será possível determinar a possibilidade ou impossibilidade de o Estado fornecer o medicamento/tratamento ou a mudança nas políticas públicas de saúde.

Passemos a examinar, nesta subseção, a aplicação do juízo técnico. Buscaremos demonstrar a necessidade de um juízo técnico-científico, como primeira etapa, para que seja possível a alteração judicial de prestações em matéria de direito à saúde para além das já previstas nas políticas públicas de saúde. Por exemplo, a política pública determina, como vimos, que, no caso de asma, seja fornecido o medicamento Aerolin àqueles que

⁵³⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 168.

⁵⁴⁰ Ibidem, p. 168-169.

demonstrarem a sua hipossuficiência. Para que possa ser fornecido, por exemplo, o medicamento Foraseq, que serve também ao combate de asma, deve ser demonstrado a sua necessidade a partir de um juízo técnico-científico. O juízo técnico-científico deve ser analisado sob duas óticas: a eficácia e a segurança.

Em relação à eficácia, a decisão judicial por meio de critérios para a justiciabilidade do direito prestacional à saúde deve ter como um dos seus elementos a *expertise*⁵⁴¹, isto é, o conhecimento técnico-científico especializado. Deve ser demonstrado que o fármaco a ser fornecido – no lugar do tratamento disponibilizado pelo Estado – possui evidências científicas de sua eficácia para aquele que requer o medicamento com base em prova pericial. Quando a Administração Pública rejeita o fornecimento de fármaco (não previsto na lista) e existe evidência científica, a decisão deve ser objeto de reforma pelos Tribunais⁵⁴².

No tocante a esse tema, há dois exemplos oriundos da jurisprudência da África do Sul – que interessa colacionarmos pela tradição vanguardista – em relação à realização dos direitos fundamentais sociais. O primeiro é o *Van Biljon contra Ministro de Serviços Correcionais*⁵⁴³. A decisão surpreende, não por efetivar a pessoas detidas em instituições correcionais o direito ao acesso de serviços médicos, mas, principalmente, por assegurar às pessoas detidas o direito à provisão, paga pelo Estado, de tratamento médico adequado⁵⁴⁴. No pedido, Van Biljon requer o tratamento antiretroviral (ARV) para o combate do HIV/AIDS. Ocorre que o tratamento com ARV estava indisponível ao sistema público de saúde, em que pese o tratamento ser reconhecido para o HIV infeccioso pelo estado da arte na medicina⁵⁴⁵. A Corte entendeu que o medicamento deveria ser prescrito aos requerentes pelo tempo em que o medicamento fosse prescrito com base em evidências médicas⁵⁴⁶.

Uma das importantes conclusões a que chegou a Corte – e que se aplica à nossa pesquisa – é refutar o argumento de que as prestações disponibilizadas pelo SUS são as únicas adequadas. No exemplo, reconhece-se que os prisioneiros portadores de HIV estão mais

⁵⁴¹ Esse elemento (princípio) é um dos apontados por Jeff King em sua obra acerca da judicialização dos direitos sociais. Os outros princípios são: policentrismo, princípio democrático e flexibilidade. Os quatro princípios, quando aplicados em conjunto, apresentam a perspectiva incrementalista de justiciabilidade. Consideramos importante repetir a referência completa da obra: KING, Jeff. **Judging Social Rights**. Cambridge: Cambridge Press, 2012.

⁵⁴² KING, Jeff, op. cit., p. 240.

⁵⁴³ ÁFRICA DO SUL. South Africa High Court. **Van Biljon v. Minister of Correctional Services**. 1997. Disponível em <http://www1.chr.up.ac.za/undp/domestic/docs/caselaw_27.pdf> Acesso: 19.2.14.

⁵⁴⁴ BERGER, Jonathan. Litigating for Social Justice in Post-Apartheid South Africa. In: GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge: Cambridge, 2008. p. 53.

⁵⁴⁵ Ibidem, p. 53.

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 53-54.

expostos a infecções oportunistas do que as pessoas fora da prisão, possibilitando requerer um tratamento que não aquele previsto nas políticas⁵⁴⁷.

No caso exposto, o tratamento requerido foi o deferido, visto que a análise feita pelo médico concluiu que o mais adequado aos prisioneiros fosse outro tratamento, em função de sua exposição, em que pese destoasse do previsto nas políticas públicas de saúde previstas para o sistema de saúde com base em evidências científicas.

O segundo (já citado na pesquisa), da Corte Constitucional da África do Sul é o *Minister of Health contra Treatment Action Campaign*, no qual se demandou que o medicamento Nevaparina (fármaco utilizado no tratamento da AIDS) pudesse ser prescrito em toda a rede pública hospitalar para mães e recém-nascidos⁵⁴⁸. Decidiu-se pela razoabilidade no fornecimento e no dever de universalização na distribuição do medicamento⁵⁴⁹ a partir de um juízo técnico-científico, ou seja, uma *expertise* que comprovasse a eficiência e a razoabilidade no fornecimento do fármaco.

A existência de políticas públicas de saúde não significa que não ocorram falhas na sua elaboração e implementação por parte da Administração Pública. Falhas que não estão previstas e que, por meio de um juízo técnico-científico, podem ser sanadas via Poder Judiciário⁵⁵⁰.

Os medicamentos/tratamentos requeridos devem, cientificamente, gerar efeitos mais benéficos do que o fornecido pelo SUS⁵⁵¹. Além disso, não podem ser experimentais, devendo, neste caso de prestação alternativa, o custo ser proporcional ao benefício que promove à saúde do indivíduo que demanda. Por fim, não pode ter nenhuma finalidade

⁵⁴⁷ BERGER, Jonathan. Litigating for Social Justice in Post-Apartheid South Africa. In: GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge: Cambridge, 2008. p. 54.

⁵⁴⁸ AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Minister of Health vs TAC**. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/16.html>> Acesso: 06.12.13. Chama atenção que na África do Sul é vedada a demanda individual, embora seja admitida a coletiva titularizadas por pessoas individualizáveis ou não.

⁵⁴⁹ AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Minister of Health vs TAC**. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/16.html>> Acesso: 06.12.13.

⁵⁵⁰ KING, Jeff, op. cit., p. 236-237.

⁵⁵¹ O Brasil, por ser signatário do TRIPS, que rege a propriedade industrial, revogou a proibição existente no Código de Propriedade Industrial de 1971, que vedava o privilégio exclusivo sobre substâncias, misturas ou produtos alimentícios, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação. A disposição foi revogada pela Lei n.º 9279/96 (arts. 10 e 18). Esta Lei admite que remédios possam ser inventariados, somente podendo o autor ter direito à carta-patente, devendo comprovar que a invenção é novidade, que tem atividade inventiva e aplicação industrial. Sobre a submissão dos fármacos ao patenteamento “é de se verificar se não se está diante daqueles a que se referia Américo Vespúcio nesta passagem acerca dos selvagens ‘utilizam muitos e variados medicamentos, tão diferentes e distintos dos nossos que não nos causava pequena admiração alguém conseguir curar-se’”. Além disso, a Lei n.º 9279/96 extinguiu o controle de preços dos medicamentos que objetivava estimular o desenvolvimento dos laboratórios nacionais. CAMARGO, Ricardo Lucas, op. cit, 2007, p. 247.

meramente estética, salvo se comprovado um dano grave à vida em virtude da não adoção do medicamento ou realização do tratamento.

Em relação à segurança, a prova pericial pode ser suficiente à comprovação da segurança do fármaco. Contudo, entendemos ser importante verificar a existência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) porque é responsável por atestar a segurança do medicamento. A existência do registro atesta a segurança do fármaco. Todavia, não cerceia o Judiciário de se basear apenas na prova pericial em inexistindo o registro.

A Lei n.º 6360/76⁵⁵² dispõe acerca do funcionamento da vigilância sanitária em relação aos medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos. Nela, dispõe o “Art. 12 – nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”⁵⁵³.

Ou seja, para que um medicamento seja disponibilizado pelo SUS, é necessário o seu registro junto a ANVISA. O registro assegura que o fármaco disponibilizado não contém substâncias proibidas, tem assegurada comprovação científica, além de garantir informações econômicas que também são fundamentais na escolha do fármaco a ser adotado pela lista do Estado.

Embora não tenha o poder de vincular absolutamente o Poder Judiciário na sua decisão, sob pena de violar o art. 131 do CPC, o registro na ANVISA reduz o âmbito material de atuação do Poder Judiciário⁵⁵⁴. Sem dúvida, a presença do registro assegura ao julgador que o medicamento não coloca em risco o direito do demandante e, tampouco, a sua vida.

Para o registro na ANVISA, o medicamento deve atender as seguintes especificações, conforme o art. 16 da Lei n.º 6360/76⁵⁵⁵:

Art. 16. O registro de drogas, **medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos**, dadas as suas características sanitárias, medicamentosas ou profiláticas, curativas, paliativas, ou mesmo para fins de diagnóstico, fica sujeito, além do atendimento das exigências próprias, aos seguintes requisitos específicos: I - que o produto obedeça ao disposto no artigo 5º, e seus parágrafos. **II - que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se**

⁵⁵² BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 6360/76**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm> Acesso: 18.2.14.

⁵⁵³ Ibidem.

⁵⁵⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Ativismo Judicial e Direito Tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2011. p. 153. ÁVILA, Humberto, op. cit., 2012, p. 53.

⁵⁵⁵ BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 6360/76**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm> Acesso: 18.2.14.

propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias; III - tratando-se de produto novo, que sejam oferecidas amplas informações sobre a sua composição e o seu uso, para avaliação de sua natureza e **determinação do grau de segurança e eficácia necessários**; IV - apresentação, quando solicitada, de amostra para análises e experiências que sejam julgadas necessárias pelos órgãos competentes do Ministério da Saúde; V - quando houver substância nova na composição do medicamento, entrega de amostra acompanhada dos dados químicos e físico-químicos que a identifiquem; VI - quando se trate de droga ou medicamento cuja elaboração necessite de aparelhagem técnica e específica, prova de que o estabelecimento se acha devidamente equipado e mantém pessoal habilitado ao seu manuseio ou contrato com terceiros para essa finalidade. VII - a apresentação das seguintes informações econômicas: a) o preço do produto praticado pela empresa em outros países; b) o valor de aquisição da substância ativa do produto; c) o custo do tratamento por paciente com o uso do produto; d) o número potencial de pacientes a ser tratado; e) a lista de preço que pretende praticar no mercado interno, com a discriminação de sua carga tributária; f) a discriminação da proposta de comercialização do produto, incluindo os gastos previstos com o esforço de venda e com publicidade e propaganda; g) o preço do produto que sofreu modificação, quando se tratar de mudança de fórmula ou de forma; e h) a relação de todos os produtos substitutos existentes no mercado, acompanhada de seus respectivos preços. § 2º A apresentação das informações constantes do inciso VII poderá ser dispensada, em parte ou no todo, em conformidade com regulamentação específica. (grifos nossos)⁵⁵⁶

Portanto, o medicamento, para ser disponibilizado ao mercado brasileiro, necessita de registro na ANVISA. Esse registro conta com algumas exigências, que visam a atender, primordialmente, a segurança do público brasileiro no fornecimento, além de verificar a utilização de substâncias permitidas pela legislação brasileira. Como visto no art. 16, inc. II, deve existir comprovação científica de sua segurança e eficiência para o combate da enfermidade a que se propõe. Por fim, a ANVISA deve aferir a representatividade do custo do fármaco para o público brasileiro. Dessa maneira, atende-se a juízo técnico-científico que assegure a segurança do fornecimento de um medicamento/tratamento alternativo às prestações estatais previstas em políticas públicas de saúde.

Inclusive, na Audiência Pública n.º 4, a fala do então Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, defendeu a limitação e os critérios à intervenção do Judiciário, com base numa decisão jurídica (em técnicas médicas e econômicas), quando houver políticas públicas de saúde no caso de medicamentos fora da lista. Ainda, neste caso, é importante a observância do registro do medicamento e a tutela da ANVISA, não podendo ser invocada a descentralização para o indeferimento de um medicamento. Para deferir o

⁵⁵⁶ BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 6360/76**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16360.htm> Acesso: 18.2.14.

medicamento, este deve ser registrado nos moldes da legislação brasileira⁵⁵⁷. A necessidade de registro na ANVISA para assegurar a segurança no fornecimento do fármaco é figura constante nas decisões do STF⁵⁵⁸.

Portanto, concluímos que: a) a aplicação do juízo técnico-científico considera dois aspectos; a.1) a eficiência do fármaco comprovada por evidências científicas; a.2) a segurança verificada pelo registro na ANVISA como forma de restrição do âmbito material do Judiciário; b) este é o primeiro passo para se conseguir uma prestação alternativa via Poder Judiciário, mas não é o único.

4.3.1.2 Aplicação do Mínimo Existencial

Verificado o juízo técnico-científico de um medicamento ou tratamento que seja diferente do previsto em políticas públicas de saúde e tendo, assim, a certificação de sua eficácia e segurança, devemos assegurar que a prestação a ser deferida garanta um mínimo existencial. A expressão não é unívoca, pode ser utilizada como um “mínimo para uma vida digna”, “mínimo para uma vida decente”, “mínimo vital”, “padrão mínimo social” e “mínimo existencial”. Em que pese a última representar a comumente utilizada na jurisprudência do STF e do STJ, entendemos que todas possuem um sentido muito próximo.

Pretendemos demonstrar que é obrigação (sentido) do Estado social restituir um *status* mínimo de satisfação das necessidades dos indivíduos. Assim, se há possibilidades fáticas do Estado conceder um determinado medicamento/tratamento que seja eficaz e seguro para a cura de uma doença, o impedimento do acesso ao fármaco representaria uma violência contra o indivíduo que tem diretamente prejudicada a sua integridade e a sua vida⁵⁵⁹. Nas palavras de Alexy “[...] el derecho a un mínimo vital es un derecho subjetivo definitivo vinculante”⁵⁶⁰.

A doutrina do mínimo existencial tem sua origem na doutrina alemã pós-guerra “que tinha que superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Carta de Bonn, sendo

⁵⁵⁷

Disponível

em

<

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_B Barros_e_Silva_de_Souza_ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

⁵⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 316 e 434**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 16.4.10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança n.º 3989, 3962 e 3852**. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 7.4.10.

⁵⁵⁹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 60.

⁵⁶⁰ “[...] o direito ao mínimo vital é um direito subjetivo definitivo vinculante” ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 445.

baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional”⁵⁶¹. Segundo Ingo Sarlet, a garantia de recursos mínimos para uma vida digna foi pensada por Otto Bachof, que aduziu que o princípio da dignidade da pessoa humana garante um mínimo de seguridade social, pois, sem os recursos mínimos para uma vida digna, a própria dignidade da pessoa humana é atingida⁵⁶². Inclusive, o Tribunal Constitucional Alemão passou a reconhecer a garantia ao indivíduo e a sua família de que a tributação não poderia incidir sobre os valores mínimos a uma existência digna. Importante salientar que a decisão não trata exatamente do direito a prestações, mas limita a interferência estatal na esfera existência digna⁵⁶³.

O mínimo existencial compreende os direitos de liberdade e os direitos fundamentais sociais, “todos em sua expressão essencial, mínima e irreduzível”⁵⁶⁴. No Brasil, o art. 6º da CF/88 define os direitos fundamentais sociais e deixa um espaço para o mínimo existencial, isto porque é marca da jusfundamentalidade dos direitos sociais o mínimo existencial⁵⁶⁵.

Além disso, a positivação do princípio da dignidade humana (art. 1º, III da CF/88 impõe ao Estado (social – art. 1, *caput* da CF/88) assegurar o exercício da liberdade (direitos civis) dignamente e também condições mínimas para uma existência digna dos indivíduos. Indo além, a vinculação que existe em termos de receitas públicas à educação, à saúde e à erradicação da pobreza compõe um quadro em que se verifica a positivação na CF/88 do mínimo existencial. Em relação à saúde, a aplicação de recursos previstos pelo art. 198 da CF/88 ou, mesmo, a sua regulamentação via Lei Complementar n.º 141/2012 demonstram o mínimo existencial no espaço da dogmática constitucional⁵⁶⁶.

O mínimo existencial propõe que o Poder Judiciário analise se as prestações disponibilizadas pelo Estado em políticas públicas de saúde asseguram a realização das necessidades básicas dos indivíduos⁵⁶⁷. É importante localizarmos que a discussão aqui é da

⁵⁶¹ KRELL, Andreas Joachim, op. cit., p. 60.

⁵⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20.

⁵⁶³ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A, op. cit., p. 601. Também: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21.

⁵⁶⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 37-38.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁶⁶ Em discordância ao entendimento do Prof. Ricardo Lobo Torres, o Prof. Lucas Grosman, ao aduzir que o entendimento da saúde como estandar mínimo possui duas interpretações: na primeira, todos os indivíduos têm direito a usufruir de um nível mínimo de saúde e, na segunda, todos os indivíduos têm direito de exigir que o Estado invista uma quantidade mínima de recursos para a proteção da saúde. O Prof. Lucas Grosman chama a primeira de “Saúde Mínima” e a segunda de “Gasto Mínimo”. GROSMAN, Lucas S., op. cit., p. 103.

⁵⁶⁷ KING, Jeff, op. cit., p. 114-115.

aplicação do mínimo existencial como um critério de verificação pelo Poder Judiciário da adequação ou não à utilização de fármacos alternativos aos previstos nas políticas públicas de saúde. É o caso do indivíduo ser portador de uma enfermidade para a qual há previsão de um medicamento nas políticas públicas; contudo, o medicamento prescrito difere do previsto. Entendemos que, em primeiro lugar, é necessário verificar a segurança e a eficácia de sua utilização no Brasil (subseção 4.3.1.1) e, em segundo lugar, se a sua adoção corresponde a um mínimo existencial.

A adoção de tal critério vai ao encontro do minimalismo em termos de concretização do direito prestacional à saúde. Isto é, abordagens em que a pergunta a ser respondida é: quais são as necessidades humanas mais básicas a serem atendidas? A despeito de a perspectiva minimalista colidir com a aspiração de um ideal de justiça⁵⁶⁸, não significa que advogemos em prol da aplicação do mínimo existencial como critério supremo de definição das prestações estatais; entendemos a sua pertinência no contexto em que o apresentamos. Nossa escolha justifica-se exatamente pela peculiaridade da aplicação do mínimo existencial no caso em que já existam prestações disponibilizadas pelo Estado para o tratamento da enfermidade em que é requerido um tratamento ou medicamento alternativo. Tal não significa que o dever do Estado limita-se ao mínimo existencial. Destarte, discordamos da perspectiva do “mínimo existencial” como “o critério dos critérios”; entendemos ser um critério a ser conjugado com outros no equilíbrio entre recursos, deliberação democrática e intervenção do judiciário.

O direito prestacional à saúde deve assegurar um mínimo vital, o que significa a garantia de um espaço vital e de um *status* social mínimo⁵⁶⁹. É perceptível que o chamado mínimo existencial (ou mínimo vital) é representação da dimensão individual do direito prestacional à saúde dentro do entendimento de que os direitos sociais são uma extensão dos direitos individuais clássicos⁵⁷⁰. Neste sentido, o mínimo existencial é corolário do princípio da liberdade fática.

Quando tratamos do direito fundamental social definitivo (item 2.2.3⁵⁷¹) – que também pode ser chamado de direito social fundamental mínimo – não foi definido o seu conteúdo. Para isso, Alexy fornece alguns elementos. Para ele, uma posição jurídica jusfundamental definitiva é garantida se demanda direta e urgentemente: a) o princípio da liberdade fática; b)

⁵⁶⁸ YOUNG, Katherine, op. cit., p. 66.

⁵⁶⁹ ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 446.

⁵⁷⁰ Contrariando a ideia que os direitos individuais (civis ou negativos) têm prioridade em relação aos direitos sociais (positivos). NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de La Democracia Deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 94. Também: TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., 2008, p. 129 e p. 274. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 454.

⁵⁷¹ Direito subjetivo definitivo a um mínimo vital.

o princípio da separação dos poderes e da democracia; c) da mesma maneira que os princípios materiais que possam ser contrapostos, especialmente, a liberdade fática de outros indivíduos⁵⁷². Tratam-se de condições ligadas ao exercício da autonomia do indivíduo, que são satisfeitas no caso do direito ao mínimo vital (existencial).

Ainda é preciso salientar que, em relação ao mínimo existencial, a força da reserva orçamentária não é ilimitada, caso em que o direito prestacional à saúde tem mais força que a política financeira advinda da deliberação democrática⁵⁷³.

A demanda que requer uma prestação alternativa tem foros de mudança em termos de políticas públicas de saúde. O Poder Judiciário deve examinar se a prestação alternativa significa uma maior proteção ao direito prestacional à saúde⁵⁷⁴ e que assegure uma medida que a originalmente prevista não poderia. Assim, o Estado deve assegurar medidas para a progressividade das prestações em direito à saúde, garantindo o previsto no art. 2.1 do PIDESC⁵⁷⁵.

Nesse sentido, a Corte Constitucional da África do Sul apresenta interessante abordagem de proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais, equilibrando o exercício de prerrogativas democráticas, a atenção às necessidades mínimas e os limites dos recursos financeiros do Estado. A concretização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário não é um elemento que atravessa a deliberação democrática; porém, assegura que os responsáveis pela deliberação democrática atentem para interesses que, por vezes, podem ser negligenciados⁵⁷⁶.

O caso ao qual nos referimos é o *Grootboom contra Governo da República da África do Sul*⁵⁷⁷, no qual *Irene Grootboom* e outros foram despejados de suas casas informais em propriedade privada destinada para moradias de baixo custo. O ingresso no Poder Judiciário foi para requerer que o governo provisionasse moradias adequadas a necessidades básicas até que obtivessem um local permanente; tratavam-se de 510 crianças e 390 adultos. A demanda baseou-se nos arts. 26 e 28 da Constituição Sul-Africana, que dizem:

⁵⁷² ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 454-455.

⁵⁷³ Ibidem, p. 455.

⁵⁷⁴ PISARELLO, Gerardo, op. cit., 2007, p. 64.

⁵⁷⁵ A chamada obrigação de progressividade prevista no “Art. 2º, 1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar **progressivamente** o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.” (grifo nosso) BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)**. Disponível <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/PIDESC.pdf>> Acesso: 02.12.13.

⁵⁷⁶ SUNSTEIN, Cass R. Direitos Sociais e Econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Vol. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 12.

⁵⁷⁷ ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **The Government of the Republic of South Africa and others v. Irene Grootboom and others**. Case CCT 11/00. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19media.pdf>> Acesso: 12.12.13.

Art. 26: (1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.⁵⁷⁸

Art. 28: (1) Every child has the right. [...] (c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services;

A Corte Constitucional julgou que a medida a ser adotada era razoável – provimento de moradia – devendo ser a decisão ajustada às possibilidades, em termos de recursos financeiros, do Estado em financiar a realização progressiva do direito à moradia, e não nos termos do art. 26, item 1 da Constituição da África do Sul. Os direitos dos demandados teriam sido violados pela inexistência de um programa governamental para os desabrigados. No entendimento da Corte, o governo sul-africano deveria adotar medidas de curto e longo prazo para os indivíduos que não tivessem um lugar para viver⁵⁷⁹. Trata-se de um caso em que não há ingerência do Poder Judiciário na deliberação democrática e se verifica a necessidade de atenção para interesses (direitos) sociais negligenciados. O papel do Poder Judiciário acentua-se na medida em que a decisão representa a concretização/afirmação do direito prestacional à saúde, não podendo apenas ser reconhecidos no papel⁵⁸⁰.

Da mesma maneira, a Corte Constitucional da Colômbia reconhece o mínimo vital, que deve assegurar um mínimo de condições para a segurança material dos indivíduos, sendo corolário o direto do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio do Estado Social de Direito. Nesse sentido, não pode ser colocada em risco a vida ou a integridade física da pessoa no sentido proposto de mínimo vital⁵⁸¹. Em relação ao STJ e ao STF, há o reconhecimento de que devem existir prestações mínimas a serem asseguradas pelo Estado.

⁵⁷⁸ “Art. 26: (1) todos têm direito a uma moradia adequada. (2) o Estado deve adotar medidas legislativas e demais necessárias, dentro dos recursos disponíveis, para realizar progressivamente esse direito. (3) ninguém pode ser despejado de sua casa, ou tê-la demolida, sem um mandado judicial após serem consideradas todas as informações relevantes. Nenhuma legislação pode permitir despejos arbitrários. Art. 28: (1) toda criança tem direito – (c) a nutrição básica, abrigo, serviços básicos de saúde e serviços sociais” (tradução nossa). **ÁFRICA DO SUL. Constituição da África do Sul.** Disponível em <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#27>> Acesso: 05.12.13.

⁵⁷⁹ SUNSTEIN, Cass R. Direitos Sociais e Econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais.** Vol. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 19.

⁵⁸⁰ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian, op. cit., p. 162.

⁵⁸¹ **COLÔMBIA. Corte Constitucional. T-571/95.** Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-571-95.htm>> Acesso: 10.10.14. **COLÔMBIA. Corte Constitucional. T-236/98.** Disponível <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-236-98.htm>> Acesso: 10.10.14. **COLÔMBIA. Corte Constitucional. SU-225/98.** Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su225-98.htm>> Acesso: 10.10.14.

Contudo, a posição adotada por esses Tribunais tem vergado a uma verve maximalista, o que dificulta a compreensão do sentido dado ao mínimo existencial; esta, quando há; é muito ampla e corresponde a diversas prestações⁵⁸².

No caso do direito prestacional à saúde, significa verificar se há esforços do Estado em implementar uma política pública nacional de saúde com estratégia baseada em evidências epidemiológicas (subseção 4.3.1.1) e que seja direcionada a todos os indivíduos⁵⁸³. A existência de um novo – ou alternativo – fármaco para um tratamento de enfermidade que tenha evidências epidemiológicas positivas deve guardar uma relação de razoabilidade da nova prestação em função da política adotada pelo Estado. É consequência do mínimo existencial a sua dinamização e ampliação por meio de políticas públicas *maximalistas*, assegurando a revisão e a atualização dos fármacos.⁵⁸⁴

O exame do mínimo existencial deve estar cingido aos efeitos daquele fármaco para a realização do mínimo existencial relativo àquele paciente. Assim, os questionamentos a serem feitos são: a) esse tratamento ou medicamento é indispensável para uma vida decente (digna) em que se assegure a autonomia e o bem-estar do requerente? b) o tratamento previsto para essa enfermidade, nas políticas públicas de saúde, não gera o mesmo efeito?

Em relação ao primeiro questionamento, definimos a autonomia como a capacidade de poder decidir, por si só, sobre qualquer questão que envolva o exercício de direitos fundamentais, o que o indivíduo quer fazer com sua vida e como ele pretende mudá-la⁵⁸⁵. Um elemento fundamental na autonomia é a acessibilidade a oportunidades disponíveis em sociedade⁵⁸⁶; por exemplo, se houver um medicamento/tratamento disponível, comprovado cientificamente como eficaz e seguro, que é necessário para que o indivíduo possa desfrutar de suas capacidades. Se ele não tem acessibilidade⁵⁸⁷, não há autonomia.

⁵⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.068.731/RS**. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ. 08.03.12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.041.197/MS**. Rel. Min. Humberto Marins. DJ 16.09.09. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.409.527/RJ**. Rel. Min. Humberto Marins. DJ 18.10.13. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.136.549/RS**. Rel. Min. Humberto Marins. DJ 21.06.10. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 811.608/RS**. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 04.06.07. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 1.744/SC**. Rel. Min. Felix Fischer. DJ 26.08.13.

⁵⁸³ YOUNG, Katherine, op. cit., p. 76.

⁵⁸⁴ TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., 2008, p. 275.

⁵⁸⁵ FABRE, Cécile, op. cit., p. 9.

⁵⁸⁶ Ibidem, p. 10-11.

⁵⁸⁷ No original, a palavra utilizada é “acesso”. Porém, o seu significado é “acessibilidade”. Diz a autora: “[i]n other words, by ‘access’, I mean that we need to know what opportunities society offers to us, by not being excluded through lack of means from the social fabric and from the public space in which they present themselves, or by not being forced to take an option which does not leave us time to do anything else” (p. 11). “Em outras palavras, por ‘acesso’, quero dizer que nós precisamos saber o que a sociedade oferece de oportunidades para nós, não sendo excluídas por falta de meios do tecido social e do espaço público em que se

Já o bem-estar pode ser definido como o indivíduo possuir condições substanciais para agir ou para ter alguma chance de obter sucesso na realização de seus propósitos⁵⁸⁸. O simples fato de um fármaco permitir uma maior funcionalidade na vida do indivíduo ou mesmo o deixar livre de uma enfermidade é o suficiente à correspondência do bem-estar. Diz Cécile Fabre, sobre o bem-estar: “[h]ealth care may be the most obvious example of such a welfare policy: we do not only give a wheelchair to the disabled, we also relieve their physical pain, even when doing so does not increase their autonomy”⁵⁸⁹.

Caso verifiquemos a ausência desses dois elementos, estamos diante da violação de uma vida decente, a qual o Estado (social) deve assegurar em matéria de direito prestacional à saúde. Assim, medicamentos que asseguram a vida do indivíduo são, indubitavelmente, parte desse mínimo existencial, ainda que não previstos em lista do Estado e desde que possuam evidências científicas.

Entretanto, não podemos olvidar que o Poder Judiciário deverá verificar, também, se o medicamento/tratamento previsto nas políticas públicas de saúde não produz o mesmo efeito. Em produzindo, deve ser mantida a prestação estatal; do contrário, enseja-se o deferimento da prestação alternativa.

Além disso, a questão ligada à autonomia e ao bem-estar do indivíduo não se limita apenas ao que é considerado essencial à manutenção da vida. Dessa maneira, medicamentos/tratamentos que não são indispensáveis à vida e, todavia, asseguram a autonomia e o bem-estar do indivíduo devem ser deferidos pelo Judiciário; por exemplo, uma pessoa que sofra de alguma espécie de limitação motora e que lhe seja indicado um tratamento novo que pode aumentar a sua mobilidade para além do que é disponibilizado pelas políticas públicas de saúde. Embora o tratamento seja dispensável à vida, representa maior autonomia e bem-estar, o que autoriza a concessão judicial do tratamento com base no mínimo existencial.

A partir dessas considerações concluímos que: a) no caso do direito prestacional à saúde, a aplicação do mínimo existencial é um critério para prestações alternativas às propostas pelas políticas públicas de saúde; b) o Poder Judiciário deve examinar se a prestação alternativa oferece maior proteção ao direito à saúde, realizando a obrigação de progressividade dos direitos fundamentais sociais; c) para verificar o mínimo existencial,

apresentam, ou por não ser forçado a tomar uma opção que não nos deixa tempo para fazer qualquer outra coisa” (tradução nossa). FABRE, Cécile, op. cit., p. 11.

⁵⁸⁸ Ibidem, p. 12.

⁵⁸⁹ "O direito prestacional à saúde é o exemplo mais óbvio de tal política de bem-estar: não só dar uma cadeira de rodas para pessoas com deficiência, também aliviar sua dor física, mesmo quando isso não aumenta a sua autonomia" Ibidem, p. 20.

deve-se examinar se o novo medicamento/tratamento oferece uma vida decente; c.1) por vida decente entendemos a que proporcione autonomia e bem-estar ao indivíduo; d) que a prestação das políticas públicas de saúde não ofereça o mesmo resultado ao indivíduo.

4.3.1.3 Aplicação da Reserva do Possível

A aplicação da reserva do possível é o último critério que apresentaremos em relação à demanda de prestações alternativas às previstas nas políticas públicas de saúde. A chamada reserva do possível é uma criação do Tribunal Constitucional Alemão, em 1972 (*BverfGE* 33, 303)⁵⁹⁰, que versa sobre o acesso ao ensino superior. No citado caso do Tribunal Constitucional Alemão, o requerente obtivera no *Abitur*⁵⁹¹ a média de 3.25⁵⁹² e, à época, o escore de 4 seria o suficiente para premiar o estudante. Na tentativa de ingressar no curso de medicina, o requerente teve seu pedido rejeitado em função da inexistência de vagas suficientes. Após o exame da lista de espera, o requerente contestou a decisão da universidade na corte administrativa, com base no art. 12 da Lei Fundamental Alemã (direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino) e a corte administrativa referendou a questão ao Tribunal Constitucional⁵⁹³.

Para o Tribunal, os direitos sociais encontram-se sob a égide da reserva do possível, “no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade [...]”⁵⁹⁴. O julgado expõe que não é possível um pensamento que coadune pretensões subjetivas ilimitadas à custa da coletividade; trata-se de ideia incompatível com a afirmação do Estado social. Com base nisso, não houve uma violação constitucional, conforme o Tribunal Constitucional.

A última etapa que pretendemos analisar das prestações alternativas é exatamente a da reserva do possível. Demonstraremos que a prestação alternativa necessita guardar uma relação de proporcionalidade com aquilo que pode ser exigido em termos de prestações em

⁵⁹⁰ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A, op. cit., p. 679-680.

⁵⁹¹ Exame realizado ao final do ensino secundário que permite o acesso ao ensino superior na Alemanha.

⁵⁹² Importante salientar que, na Alemanha, o escore acadêmico funciona da seguinte forma: 1 (muito bom), 2 (bom), 3 (satisfatório), 4 (suficiente), 5 (inadequado) e 6 (insuficiente). KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A, op. cit., p. 679.

⁵⁹³ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A, op. cit., p. 679-680.

⁵⁹⁴ MARTINS, Leonardo, op. cit., p. 663.

matéria de direito à saúde, a partir, inclusive, da ponderação realizada pelos Poderes Legislativo e Executivo na formulação das políticas públicas de saúde. Além disso, como visto nas duas subseções anteriores, a medida demandada deve ser eficaz/segura (juízo técnico-científico) e representar o mínimo para uma vida digna (mínimo existencial).

A reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) confronta as duas dimensões do direito prestacional à saúde: a coletiva (corporificada nas políticas públicas) e a individual (direito subjetivo), apontando no sentido de que a prestação estatal deve corresponder ao que proporcionalmente podemos exigir em sociedade, ainda que o Estado possua recursos que não sejam escassos⁵⁹⁵. Segundo ela, impedem-se exigências acima de um limite básico social⁵⁹⁶.

Nesse caso, os Tribunais não estão obrigados a fornecer todo e qualquer medicamento/tratamento tão somente em virtude de sua positivação nos arts. 6º e 196. Isso não significa a denegação a toda e qualquer demanda, de maneira categórica, que disponha acerca de medidas em termos de políticas públicas de saúde que exigem despesas não previstas na LOA, como comumente é o argumento utilizado pelo Estado para o não fornecimento de medicamento/tratamento⁵⁹⁷. A resposta não se encontra nesses dois extremos, pois a reserva do possível coloca em discussão os limites da escolha orçamentária como uma forma de implementar o direito social (e coletivo) à saúde pelos Poderes Legislativo e Executivo em face de uma demanda individual (direito subjetivo) à prestação em matéria de saúde.

Notamos que a argumentação da reserva do possível não é uma negação da efetividade do direito prestacional à saúde. Entretanto, representa ao Estado a necessidade de demonstrar em juízo que possui motivos proporcionais, faticamente, para não cumprir os arts. 6º e 196 da CF/88, isto é, normas que asseguram prestações positivas⁵⁹⁸.

Todavia, vale lembrarmos a crítica de Krell ao dizer que o grande problema é quem define e o que é definido como “o possível” em relação aos direitos prestacionais sociais à vista de dois argumentos: a composição distorcida dos orçamentos entre os diferentes entes federativos e os problemas sociais, como distribuição de renda e exclusão social⁵⁹⁹. Diz o citado autor:

⁵⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 29.

⁵⁹⁶ KRELL, Andreas Joachim, op. cit., p. 52.

⁵⁹⁷ Ibidem, p. 52.

⁵⁹⁸ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 110-111.

⁵⁹⁹ KRELL, Andreas Joachim, op. cit., p. 53.

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheios’ do Estado significa reduzir sua eficácia a *zero*; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’.⁶⁰⁰

Ainda, para Krell, em países com condições tão precárias dos serviços de saúde e educação como os países latino-americanos, que mal conseguiram estabelecer as prestações básicas, a aplicação da reserva do possível constituiria a importação inadequada de uma solução estrangeira que contradiz com o cenário local para sua aplicação⁶⁰¹. Dito de outra forma, as condições histórico-sociais brasileiras, baseadas na precariedade das prestações em direitos sociais, não possibilitam a utilização da reserva do possível.

Embora reconheçamos ser de suma importância a crítica de Andreas Krell, discordamos por dois motivos: a) a forma de aplicação que propusemos da reserva do possível; b) os reflexos orçamentários do direito prestacional à saúde face ao seu regime jurídico.

Em primeiro lugar, estaríamos de acordo com os argumentos de Krell se a aplicação da reserva do possível tomasse lugar como um “critério dos critérios”, ou seja, assim como nos referimos ao mínimo existencial, a reserva do possível não pode ser interpretada isoladamente na concretização do direito prestacional à saúde. Não pode representar a negação de toda e qualquer demanda, visando ao fornecimento de tratamento/medicamento aprioristicamente. A aplicação desse critério deve levar em conta as circunstâncias do caso concreto e, também, a aplicação de outros juízos que possam estabelecer critérios em conformidade com CF/88 para deferir ou indeferir prestações em matéria de direito à saúde.

Em segundo lugar, não podemos desconhecer a escassez de recursos e a impossibilidade de prestações ilimitadas por parte do Estado (capítulo 3). A reserva do possível trabalha a apreciação da escassez como uma das condições a serem consideradas na exigibilidade do direito à saúde. Contudo, não se trata de um argumento puramente econômico como é, por vezes, apresentado⁶⁰²; representa o equilíbrio entre uma escolha individual em relação às escolhas coletivas da Administração Pública em políticas públicas de saúde. Neste sentido, é preciso equilibrar as questões orçamentárias com o regime jurídico do

⁶⁰⁰ KRELL, Andreas Joachim, op. cit., p. 54.

⁶⁰¹ Ibidem, p. 56.

⁶⁰² Amplamente, OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, Dissertação de Mestrado, 2006. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>> Acesso: 10.10.14.

direito prestacional à saúde, o qual tem como princípio o acesso universal e igualitário (art. 196 da CF/88).

Compreendemos que o gasto público e a sua configuração legal não é absoluta e, tampouco, significa dizermos que as intervenções judiciais os veem como critério único. O controle judicial leva em conta consequências financeiras, sociais e políticas de sua atuação. Entretanto, levar a sério questões orçamentárias, como a reserva do possível, não se confunde com “[...] pragmatismo consequencialista según el cual toda intervención jurisdiccional con repercusiones económicas pondría en peligro, por principio, el ‘equilibrio presupuestario’, o constituiría una ilegítima intromisión en ámbitos reservados a la ‘esfera política’”⁶⁰³.

O argumento da reserva do possível não é uma presunção *iuris et de iure* ou um argumento definitivo no controle judicial do direito prestacional à saúde⁶⁰⁴, não em relação à significação adotada aqui. Há diversas situações na jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios e estrangeiros em que essa reserva é posta em segundo plano, fornecendo-se a prestação requerida⁶⁰⁵. Em exemplo do que ocorre no caso *Treatment Action Campaign v. Minister of Health*⁶⁰⁶, já referido, julgado pela Corte Constitucional da África do Sul (2002), a atuação requerida, em termos de políticas públicas de saúde, não era tão complexa quanto sustentaram os órgãos políticos⁶⁰⁷. Nesse caso, o pedido foi do fornecimento de Nevaparina para as mães portadoras do vírus HIV. Com base no direito à assistência médica do art. 27 da Constituição Sul-Africana, o governo alegou que o serviço seria de elevado custo; a Corte Constitucional entendeu que muitos dos recursos disponíveis não são aplicados e, face à

⁶⁰³ “[...] pragmatismo consequencialista segundo o qual toda intervenção jurisdiccional com repercussões econômicas colocaria em perigo, em princípio, o ‘equilíbrio financeiro’, ou constituiria uma intromissão ilegítima em âmbitos reservados à esfera política” (tradução nossa) PISARELLO, Gerardo, op. cit., 2007, p. 96.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 96.

⁶⁰⁵ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 628293**. Min. Ricardo Lewandowski. D.J. 02.08.11. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 628345**. Min. Ricardo Lewandowski. D.J. 02.08.11. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 581352**. Min. Celso de Mello. D.J. 24.09.13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. D.J. 29.4.10. Especialmente, o voto do Ministro Celso de Mello. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 581.352**. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 19.10.13. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.041.197/MS**. Rel. Min. Humberto Marins. DJ 16.09.09. Em sentido contrário: “seria por demais injusto com os demais cidadãos necessitados relativizar o princípio da reserva do possível para conceder um tratamento alternativo de R\$ 68.000,00 (sessenta e oito) mil reais, notadamente porque este valor causaria abalos injustificáveis às finanças municipais, o que certamente refletiria no fornecimento de tratamentos específicos a outros administrados mais necessitados. Em se tratando de tratamento a ser custeado pelos cofres públicos, este deve ser feito nos moldes previstos pelo Sistema Único de Saúde, porquanto não há nos autos a prova inequívoca a atestar a verossimilhanças das alegações, de que o medicamento requerido privilegia a saúde (e não a “melhor saúde), imprescindível à vida do paciente.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 748**. Min. Joaquim Barbosa. D.J. 28.02.14.

⁶⁰⁶ AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Minister of Health vs TAC**. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/16.html>> Acesso: 06.12.13.

⁶⁰⁷ PISARELLO, Gerardo, op. cit., 2007, p. 97.

gravidade da situação, não seria uma tarefa complexa equipar os serviços já disponíveis com os conhecimentos e preparação necessários.

Devemos salientar que a concretização do dever estatal deve ser sensível à escassez de recursos, especialmente por estarmos diante de uma enfermidade para a qual existe um tratamento/medicamento disponível pelo Estado. Portanto, o custo do medicamento/tratamento alternativo também deve ser considerado⁶⁰⁸.

O exame da reserva do possível deve considerar a disponibilidade fática de recursos financeiros pelo Estado, a disponibilidade jurídica de recursos e a proporcionalidade da prestação⁶⁰⁹. Com isso, em um primeiro momento, o exame a ser realizado é acerca da disponibilidade de recursos públicos pelo Estado; se há, faticamente, recursos financeiros disponíveis nos cofres públicos para a disponibilização de um medicamento/tratamento. Em um segundo momento, a preocupação deve ser relativa à disponibilidade jurídica dos recursos; em outras palavras, se ainda existe a possibilidade da aplicação de recursos previstos na LOA para a saúde pública (se não foram aplicados todos os recursos autorizados).

O terceiro momento merece uma análise mais densificada, pois preconiza o exame da proporcionalidade⁶¹⁰ do medicamento/tratamento a ser adotado. Como visto no caso *Soobramoney* contra *Minister of Health*, embora houvesse a disponibilidade econômica, o tratamento a ser adotado não foi considerado proporcional⁶¹¹, resultando no seu indeferimento pela Corte Constitucional Sul-Africana.

O mesmo ocorreu com a Corte Constitucional Colombiana, que denegou um tratamento a menor face ao prognóstico desfavorável à cura; neste sentido, é proporcional que o tratamento/medicamento impeça que sua saúde se deteriore ou diminua, prejudicando sua

⁶⁰⁸ GROSMAN, Lucas, op. cit., p. 105.

⁶⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30. Também: PISARELLO, Gerardo, op. cit., 2007, p. 65. De forma ampla, KELBERT, Fabiana Okchstein, op. cit, p. 89 e seguintes.

⁶¹⁰ Cumpre inferirmos a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, na lição de Humberto Ávila “O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para o promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim” (p. 180) “A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação. Não há, no entanto, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. Não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas” (p. 181). ÁVILA, Humberto, op. cit., 2012, p. 180-181.

⁶¹¹ AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. **Soobramoney vs Minister of Health** (Kwazulu-Natal). Disponível em < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.pdf> > Acesso: 06.12.13.

qualidade de vida⁶¹². Este último momento é comumente encontrado em decisões da Corte Constitucional Sul-Africana na temática relativa à justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, centrado, contudo, no exame das escolhas políticas do Estado no curto prazo, em termos de prestações, para grupos vulneráveis (hipossuficientes⁶¹³) com necessidades a serem atendidas e vivendo em condições precárias⁶¹⁴.

No entanto, compreendemos que a aplicação da proporcionalidade deve ser mais bem esmiuçada. Para nós, aplica-se o postulado⁶¹⁵ da proporcionalidade como a última etapa de exame da reserva do possível, servindo como instrumento de controle dos atos da Administração Pública⁶¹⁶. Nesse sentido, o postulado da proporcionalidade deve ser aplicado sempre que houver uma relação entre uma medida concreta a ser adotada e uma finalidade a ser realizada⁶¹⁷. No caso de um medicamento/tratamento a ser adotado, a finalidade é a promoção do direito à saúde de modo a proporcionar uma vida digna, reduzindo os danos à vida causados pela enfermidade.

O primeiro exame a ser realizado na proporcionalidade é a adequação⁶¹⁸, que exige uma relação empírica entre o meio e o fim a ser promovido. Dessa maneira, o meio adotado deve levar à realização do fim pretendido. Em relação à verificação da adequação de uma medida adotada pelos Poderes Legislativo e Executivo, em termos de políticas públicas de saúde, deve, apenas, a medida ser suficiente à promoção do fim a que se propõe. Para que o Poder Judiciário possa analisá-la, é preciso comprovar a cabal inadequação da medida adotada para o fim a que se propõe. Nesse sentido, o Judiciário, ao reexaminar o medicamento/tratamento adotado pela política pública, deve verificar que essa medida –

⁶¹² COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-001 de 1995**. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-001-95.htm>> Acesso: 18.12.13. A mesma decisão é apresentada em texto do Prof. Rodolfo Arango publicado no Brasil: ARANGO, Rodolfo, op. cit, 2008, p. 99.

⁶¹³ Ao nosso ver a hipossuficiência é uma condição para o acesso às prestações em matéria de saúde advindas do SUS, vide subseção 3.5.

⁶¹⁴ LIEBENBERG, Sandra. Enforcing Positive Socio-Economic Rights Claims: The South Africa Model of Reasonable Review. In: SQUIERS, John; LANGFORD, Malcolm; THIELE, Bret. **The Road to a Remedy: current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press, 2005. p. 87-88.

⁶¹⁵ O Prof. Dr. Humberto Ávila apresenta, para além da distinção das normas entre regras e princípios, a figura do postulado. Segundo ele, “[o]s postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. “os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. [...] os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade com outras normas”. As regras, por sua vez, estabelecem como um dever imediato a adoção de uma conduta descrita e os princípios demandam um estado de coisas a ser realizado. ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2012. p. 143 e 85.

⁶¹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2012, p. 182.

⁶¹⁷ Ibidem, p. 184.

⁶¹⁸ Ibidem, p. 187.

provinda dos Poderes Executivo e Legislativo – é incapaz de realizar o fim a que se propõe, devendo ser adotada uma prestação alternativa menos gravosa⁶¹⁹.

A determinação do fim corresponde àquele determinado pelo Legislador⁶²⁰. O art. 196 objetiva a realização da saúde na sua integralidade, protegendo a população do risco da doença e, também, permitindo o acesso a políticas que assegurem à saúde “curativa”. O fim deve ser precisado na maior medida possível⁶²¹. Com base nisso, devemos examinar se o medicamento/tratamento requerido serve para o fomento do fim proposto⁶²². Além disso, esse fim deve ser alcançado na maior medida: qualitativamente, quantitativamente e probabilisticamente⁶²³. No caso do direito prestacional à saúde, temos que comprovar que o meio eleito fomenta o fim; caso contrário, a medida adotada não é proporcional em sentido amplo⁶²⁴.

O segundo exame a ser realizado é o da necessidade, o qual pressupõe a existência de meios alternativos àqueles escolhidos pelo Poder Executivo. Apresenta dois passos para a sua promoção: a) adequação técnica do meio alternativo em comparação com o meio estabelecido (verificar se o meio alternativo é idôneo à promoção do fim)⁶²⁵; b) determinação do meio alternativo (verificar se o meio alternativo restringe em menor medida os direitos afetados)⁶²⁶.

A dificuldade reside em que diferentes meios são idôneos para a realização dos fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probabilístico)⁶²⁷. Qual aspecto devemos contemplar? Convém citar a lição de Ávila:

Se fosse permitido ao Poder Judiciário anular a escolha do meio porque ele, em algum aspecto e sob alguma perspectiva, não promove o fim da mesma forma que outros hipoteticamente aventados, a rigor nenhum meio resistiria ao controle de necessidade, pois sempre é possível imaginar, indutiva e probabilisticamente, algum meio que promova, em algum aspecto e em alguma medida, melhor o fim do que aquele inicialmente adotado. Nesse sentido, deve-se respeitar a escolha da autoridade competente, afastando-se o meio se ele for manifestamente menos adequado que outro. Os princípios da legalidade e da separação dos poderes o exigem.⁶²⁸

⁶¹⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2012, p. 191-192.

⁶²⁰ CLÉRICO, Laura, op. cit., p. 48.

⁶²¹ Ibidem, p. 50.

⁶²² Ibidem, p. 55.

⁶²³ Ibidem, p. 325-326.

⁶²⁴ Ibidem, p. 334.

⁶²⁵ CLÉRICO, Laura, op. cit., p. 104-105.

⁶²⁶ Ibidem, p. 114. ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2012, p. 193.

⁶²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2012, p. 193.

⁶²⁸ Ibidem, p. 193-194.

No exame pelo Poder Judiciário do medicamento/tratamento a ser adotado para o combate de uma determinada enfermidade, devemos analisar se, diante das circunstâncias apresentadas pelo caso concreto, o fármaco disponibilizado pelo SUS é menos adequado do que o medicamento/tratamento alternativo. Dito de outra forma, devemos verificar se o meio alternativo fomenta os fins do direito à saúde em maior medida. Em caso de resposta positiva, devemos, também, verificar se esse fármaco impõe uma restrição menor ao direito prestacional à saúde⁶²⁹ em relação ao fim a ser realizado⁶³⁰.

O terceiro exame é o da proporcionalidade em sentido estrito, o qual exige a comparação “entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”⁶³¹. Analisamos se as vantagens da promoção do fim são proporcionais às desvantagens do meio adotado. Nesse caso, poderíamos colocar em questão se a adoção, por exemplo, de um medicamento alternativo de alto custo é proporcional ao fim que deseja promover (vida digna) tendo-se em conta a escassez de recursos existentes na saúde. Entendemos que é proporcional, em sentido estrito, quando a medida adotada em matéria de direito prestacional à saúde possibilita – a despeito do custo – a sua universalização para casos semelhantes; portanto, sem prejuízo da coletividade. A partir desses três exames, há a possibilidade de dizermos se a medida alternativa pode ser adotada⁶³².

Ao realizarmos o exame da aplicação da reserva do possível no âmbito do STJ e do STF, verificamos que, em ambos, não há uma maior densificação do conteúdo da reserva do possível. Via de regra, a reserva do possível é criticada nos julgados, sendo apresentada como um elemento que não pode restringir a concretização do direito prestacional à saúde, em que pese os direitos fundamentais gerarem custos. Tampouco, a criterização, proposta em decisões da presidência do STF, após a Audiência Pública n.º4/2009⁶³³, aproxima-se do roteiro aqui apresentado em relação à reserva do possível. Há alguns trechos de votos que são importantes citar:

A teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias. Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos

⁶²⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2012, p. 195.

⁶³⁰ CLÉRICO, Laura, op. cit., p. 345.

⁶³¹ Ibidem, p. 195.

⁶³² CLÉRICO, Laura, op. cit., p. 364.

⁶³³ O Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet é que trata da reserva do possível na sua intervenção.

sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.⁶³⁴

O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.⁶³⁵

Chama-nos atenção o voto-vista do Min. Teori Zavascki que questiona o direito ao fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado que não esteja previsto nas listas fornecidas pelo SUS⁶³⁶. A leitura mais aproximada da reserva do possível, conforme apresentada aqui, foi em julgado do STJ da lavra do Min. Luiz Fux⁶³⁷. Em relação à jurisprudência do STF, a reserva do possível é cogitada como justificativa para o não atendimento estatal de alguma demanda e é utilizada como defesa do Estado para o não pagamento de alguma dívida reconhecida em juízo⁶³⁸.

Portanto, diante do exposto, entendemos que: a) a reserva do possível não é um critério puramente econômico; b) a reserva do possível impede demandas além de um limite social básico, consideradas as escolhas realizadas pelo Poder Executivo ou Legislativo e condições econômicas do Estado; c) a reserva do possível configura-se em três tarefas; c.1) disponibilidade fática de recursos; c.2) disponibilidade jurídica de recursos; c.3) exame da proporcionalidade da medida alternativa a ser adotada; d) o exame do postulado da proporcionalidade exige a verificação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, em sentido estrito da medida, atendida às três exigências é possível fornecer um medicamento alternativo.

⁶³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.107.511/RS**. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ. 06.12.13. Esse trecho é encontrado também em v., BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.136.549/RS**. Rel. Min. Humberto Martins. DJ 21.06.10.

⁶³⁵ Entretanto não explica como racionalmente chega a esse resultado no julgado. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.041.197/MS**. Rel. Min. Humberto Martins. DJ 16.09.09.

⁶³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n.º 24.197/PR**. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 24.08.10.

⁶³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 811.608/RS**. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 04.06.07.

⁶³⁸ Amplamente, V. WANG, Daniel. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

4.3.2 Alteração das prestações estatais

4.3.2.1 Aplicação da obrigação de progressividade das prestações

Uma situação que também merece análise para estabelecermos critérios à justiciabilidade do direito prestacional à saúde é o fato da alteração das prestações estatais. Nesse caso, quem dá causa à alteração do medicamento/tratamento ofertado é o Estado, que passa a oferecer uma prestação distinta da oferecida e prevista nas políticas públicas de saúde ou simplesmente deixa de promover o tratamento/medicamento indicado para uma determinada enfermidade. Em outras palavras, a partir da decisão de um órgão legítimo, sob a ótica da democracia deliberativa, é estabelecida, pelo Poder Executivo ou Legislativo, uma nova política ou, mesmo, deixa-se de realizar a política anteriormente prevista.

No entanto, precisamos salientar que tal situação abre um leque de possibilidades. A primeira delas é o Estado deixar de fornecer um medicamento/tratamento para uma doença e não oferecer alternativa. A segunda possibilidade é o Estado passar a fornecer um medicamento/tratamento alternativo àquele que é previsto nas políticas públicas de saúde. Alerta-nos Langford que, em um contexto político neoliberal, há regressividade das medidas em políticas públicas, necessitando de uma ampla justificativa para que possam concretizar-se⁶³⁹.

Entendemos que há um critério para o exame judicial da alteração das prestações estatais que examinaremos aqui – verificar se a mudança não implica violação da cláusula de obrigação de progressividade dos direitos e, portanto, se não há violação de expectativas legítimas em relação à Administração Pública.

Como já apresentado, o Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direito Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁶⁴⁰. No nosso entendimento, a partir de seu

⁶³⁹ LANGFORD, Malcolm. Judging Resource Availability. In: SQUIERS, John; LANGFORD, Malcolm; THIELE, Bret. **The Road to a Remedy: current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press, 2005. p. 101.

⁶⁴⁰ BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)**. Disponível <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/PIDESC.pdf>> Acesso: 02.12.13. BRASIL. **Decreto Legislativo n.º 226/1991**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm> Acesso: 11.12.13. Além da proteção constitucional contra medidas restritivas presentes na CF/88, como art. 5º, inc. XXXVI e art. 60, § 4º, inc. IV. Além de princípios constitucionais como da segurança jurídica e da proteção da confiança, os quais serão mais bem abordados na próxima subseção. Esta cláusula também é reproduzida no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) que o Brasil é signatário, no art. 26 diz: “[o]s Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura,

reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro, ele tem o peso de norma constitucional. Portanto, os direitos nele constantes são direitos fundamentais (subseção 2.2), com base no art. 5º, § 3º da CF/88. O PIDESC, em seu art. 2º, item 1, diz:

Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo **a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.** (grifo nosso)⁶⁴¹

Esse artigo é interpretado como uma cláusula de progressividade dos direitos constantes no PIDESC; dentre eles, o direito à saúde (art. 12), de forma a assegurar a sua realização progressiva. Entendemos que tal regime aplica-se ao direito à saúde no Brasil. Tal cláusula obriga o Estado a não adotar medidas e políticas ou, mesmo, mudanças no âmbito legislativo que possam, por ventura, piorar a situação dos indivíduos sem uma justificativa razoável e proporcional aos direitos sociais⁶⁴². Neste sentido, é o entendimento do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, em suas próprias palavras, que:

Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources.⁶⁴³

Por certo que tal cláusula é inerente à ideia da força normativa da Constituição, além do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais sociais. Doutrinariamente, Rodolfo Arango,

constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” BRASIL. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em < http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf > Acesso: 02.02.14.

⁶⁴¹ Ibidem. A cláusula de progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais possui duas dimensões: 1) obrigação de melhorar continuamente o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais; 2) obrigação de abster-se de adotar medidas deliberadamente regressivas. V. SEPÚLVEDA, Magdalena. La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 124.

⁶⁴² PISARELLO, Gerardo, op. cit., 2007, p. 62.

⁶⁴³ “Além disso, quaisquer medidas deliberadamente regressivas, nesse aspecto, exigiriam a consideração mais cuidadosa e precisam ser plenamente justificadas por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto da plena utilização dos recursos disponíveis máximos” (tradução nossa) Comentário ao art. 2º do PIDESC. United Nations. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **General Comment n.º 3**. Item n.º 9. Disponível em < <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm3.htm> > Acesso: 27.02.14

Ingo Sarlet, Canotilho reconhecem a existência da cláusula de proibição de retrocesso⁶⁴⁴. Em todos os autores, a ideia que os permeia é perfeitamente resumida por Gerardo Pisarello ao dizer que a proibição de regresso significa que o direito prestacional à saúde, quando regulado pelo Poder Executivo – o qual estabelece as prestações por meio de políticas públicas – introduz um núcleo essencial, intangível, de necessidades básicas que o legislador não deve modificar em um sentido regressivo⁶⁴⁵. A grande dificuldade reside, mormente, em definir o que representa e o que não representa retrocesso em termos de direitos prestacionais. Certamente, de uma maneira geral, é quando a nova situação impõe uma situação menos favorável ao titular do direito.

Nesse sentido, Christian Courtis aponta dois caminhos possíveis à aplicação da proibição do retrocesso: 1) ligado aos resultados de uma política pública (regressividade de resultados)⁶⁴⁶; neste caso os resultados das políticas públicas ficam abaixo da expectativa inicial, apontando retrocesso em relação ao cenário inicial; 2) ligado ao chamado retrocesso normativo; em relação à extensão dos direitos concedidos por uma norma. Na perspectiva normativa, não há um exame fático, mas uma comparação com a norma que substitui e uma avaliação de se esta suprime, limita ou restringe direitos ou benefícios concedidos anteriormente⁶⁴⁷. Ambos os sentidos propostos por Courtis são abarcados pelo PIDESC. Em relação à regressividade dos resultados de políticas públicas, é possível estabelecer indicadores que apontem índices de satisfação, por exemplo, em relação aos serviços de saúde⁶⁴⁸.

Todavia, entendemos que, em relação aos dois processos, diante da cultura jurídica brasileira, o primeiro caminho apresenta maiores dificuldades em ser empregado em relação à justiciabilidade do direito prestacional à saúde, conforme Courtis, em função de uma tradição jurídica em que não se empregam dados empíricos diante dos tribunais. E também, ainda que se verifique a regressividade nos indicadores e sua relação com a conduta do Governo, não há remédios adequados para essa imputação⁶⁴⁹. Assim, a aplicação de proibição de retrocesso aos

⁶⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 475. Amplamente, SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ARANGO, Rodolfo. **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales**. Bogotá: Legis, 2012.

⁶⁴⁵ PISARELLO, Gerardo, op. cit., p. 63.

⁶⁴⁶ COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 3-4.

⁶⁴⁷ COURTIS, Christian, op. cit., p. 4.

⁶⁴⁸ Ibidem, p. 5.

⁶⁴⁹ Ibidem, p. 7.

resultados das políticas públicas apresenta pouco efeito para a justiciabilidade do direito prestacional à saúde.

Dessa maneira, para fins de controle judicial, percebemos que a aplicação do retrocesso normativo é mais adequada à nossa realidade dogmática. Neste caso, precisamos avaliar se uma mudança normativa representa, diante de uma mesma situação de fato, uma piora na condição do indivíduo; isto é, se houve a piora em relação ao nível de proteção oferecido pelas normas jurídicas⁶⁵⁰. Para verificarmos essa mudança, em termos de prestações em matéria de direito prestacional à saúde, algumas etapas, devem ser consideradas.

A primeira diz respeito à segurança jurídica⁶⁵¹ e à proteção das expectativas legítimas dos indivíduos, as quais remontam às previsibilidades das prestações estatais no direito prestacional à saúde⁶⁵². A mudança não pode frustrar a confiança que gera em seus destinatários⁶⁵³. A segunda etapa diz respeito à proteção àquelas pessoas que se encontrem em situação de hipossuficiência, ou seja, a alteração da medida não pode prejudicar os indivíduos que, por sua própria condição, não podem assegurar um nível básico de prestações. A terceira etapa exige a aplicação do postulado da razoabilidade, que impõe necessária uma harmonização da prestação com as condições externas do Direito, “atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade”⁶⁵⁴.

Passemos a analisar cada uma dessas etapas.

Em primeiro lugar, a mudança de tratamento/medicamento a ser fornecido para uma determinada enfermidade, ou seja, a prestação em termos de direito à saúde, não pode ferir a confiança⁶⁵⁵ gerada em relação aos destinatários da prestação. Como vimos, além da cláusula de progressividade, prevista no PIDESC, a CF/88 assegura a proteção de expectativas

⁶⁵⁰ COURTIS, Christian, op. cit., p. 6.

⁶⁵¹ Amplamente, ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança Jurídica: entre permanência e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012. Sobre os vários significados da segurança na CF/88, amplamente, v. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas, op. cit., 2007.

⁶⁵² COURTIS, Christian, op. cit., 2006. p. 18.

⁶⁵³ PISARELLO, Gerardo, op. cit., 2007, p. 63.

⁶⁵⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2012, p. 181.

⁶⁵⁵ “[...] proteção à confiança (*Vertrauensschutz*) ou ‘proteção à confiança legítima’ (no direito comunitário europeu) ou, respectivamente, ‘princípio da proteção da confiança’ ou ‘princípio da proteção da confiança legítima’” COUTO e SILVA, Almiro Regis Matos do. O princípio da segurança jurídica proteção à confiança no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Vol. 27, n.º 57, 2004. p. 37. Também utilizamos a expressão proteção de expectativas legítimas como sinônimo. Ainda sobre o tema: MAFFINI, Rafael. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

legítimas⁶⁵⁶ (art. 5º, XXXVI). Assim, apesar de existir uma margem de ação, não significa uma total insindicabilidade das opções do executivo, inclusive quanto à realização das políticas públicas de saúde⁶⁵⁷. Dessa maneira, a alteração em políticas públicas de saúde deve ser seguida de uma compensação ou uma alternativa.

Desta forma, impõem-se alguns deveres à Administração Pública. Por ser uma relação estabelecida com base na confiança, o destinatário das prestações sociais deve ser copartícipe das políticas, encorajado a participar. Outro dever é a qualidade das informações relativas a quaisquer mudanças em termos de políticas públicas de saúde, inclusive, com a definição de alternativas e compensações. O último dever é que a mudança não pode ser abrupta. Deve existir um processo gradual de mudança ou de medidas transitórias⁶⁵⁸. Com base nisso, o caso da eliminação de uma prestação sem substituição por outra medida violaria a expectativa legítima dos indivíduos, não podendo, portanto, concretizar-se, pois, conseqüentemente, violaria a cláusula de não regressividade.

Objetivamente, o exame a ser realizado pelo Poder Judiciário é verificar se é oferecido um medicamento/tratamento alternativo idôneo para a mesma enfermidade com justificativas suficientes à mudança; do contrário, estaremos diante da violação da proteção de expectativas legítimas e, logo, da cláusula de proibição de retrocesso⁶⁵⁹.

Um caso da Corte Constitucional da Colômbia, sentença T-1318/2005, serve para ilustrar a aplicação. O Município de Palmira mantinha um subsídio para construção de moradias. O programa governamental foi desenvolvido entre os anos de 2001 e 2003. Uma mulher beneficiada pelo programa contratou mão-de-obra para a construção de sua casa. Ocorre que, por dificuldades econômicas, o citado Município reduziu o subsídio inicialmente fixado. Foi interposto o recurso constitucional para garantir a igualdade e o direito à moradia digna. Ao examinar as razões, a Corte Constitucional entendeu que a justificativa apresentada

⁶⁵⁶ Sobre a distinção entre segurança jurídica e proteção da confiança: “o princípio da segurança jurídica diz respeito ao ordenamento jurídico, de modo geral e abstrato, independente do interesse específico de alguém, podendo inclusive, ser instrumento para contrariar interesses individuais; o princípio da proteção da confiança faz referência a uma situação subjetiva e concreta e destina-se unicamente a manter uma situação jurídica favorável a determinado sujeito.” ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., 2012, p. 267.

⁶⁵⁷ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 69.

⁶⁵⁸ SCHONBERG, Soren, op. cit., p. 25-26. COUTO e SILVA, Almiro Regis Matos, op. cit., p. 40.

⁶⁵⁹ Sobre a sua aplicação ao SUS: SARLET, Ingo Wolfgang. La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la superveniencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 334.

pelo Município – crise financeira – não era plausível, pois era anterior à política pública. Destarte, a Corte deferiu a tutela para assegurar o pagamento integral do benefício⁶⁶⁰.

Em segundo lugar, devemos verificar a situação do destinatário da prestação, se, ainda que não viole uma expectativa legítima, a medida não prejudica um indivíduo que, por suas próprias condições, não possa assegurar um nível básico de prestações. Esta etapa aplica-se, principalmente, aos casos em que cessa o fornecimento de um determinado medicamento/tratamento sem uma regra de transição. No caso em que os prejudicados são em sua maioria hipossuficientes, autoriza-se o Poder Judiciário a rever a decisão, aplicando-se recursos de uma área da saúde que beneficie indivíduos com condições econômicas. O caso de distribuição inadequada dos recursos, em que uma pequena parcela beneficia-se em detrimento de uma maioria hipossuficiente, viola a cláusula de progressividade e a universalidade e igualdade no acesso⁶⁶¹.

Por fim, em terceiro lugar, a aplicação do postulado da razoabilidade⁶⁶². Devemos garantir a equivalência entre o fato antecedente, a prestação adotada e a prestação posterior tendo em vista as circunstâncias que motivam/fundamentam/justificam a alteração⁶⁶³. Nesse sentido, deve existir uma equivalência entre o medicamento/tratamento anterior com a nova medida⁶⁶⁴. A medida a ser adotada não pode piorar a situação do indivíduo que depende do medicamento para o tratamento de sua enfermidade. Exige-se uma harmonização da norma geral com o caso individual. É o caso em que o aspecto individual é, sobretudo, desconsiderado na aplicação da regra geral que estipula novos fármacos. Assim, em virtude das especificidades, deve ser mantido o medicamento que era fornecido⁶⁶⁵.

Portanto, concluímos que: a) é aplicável ao direito brasileiro a cláusula progressividade dos direitos sociais prestacionais; b) a cláusula é utilizada como critério para analisar as alterações de prestações motivadas pelo Estado; c) para tanto, é realizado o exame da proteção de expectativas legítimas se a alteração não prejudica hipossuficientes e se a alteração é razoável; d) não sendo atendida uma das etapas, o Poder Judiciário deve intervir diretamente na realização das prestações em matéria de direito à saúde.

⁶⁶⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. **T-1318/2005**. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2005/T-1318-05.rtf>> Acesso: 28.2.14. Relatado por: ARANGO, Rodolfo. La prohibición de retroceso en Colombia. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p.157-158

⁶⁶¹ COURTIS, Christian, op. cit., p. 19-20.

⁶⁶² Razoabilidade como equidade. ÁVILA, Humberto, op. cit., 2012, p. 174-176.

⁶⁶³ COURTIS, Christian, op. cit., p. 23-24.

⁶⁶⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., p. 179. ÁVILA, Humberto Bergmann. Conteúdo, Limites e Intensidade de Razoabilidade, de Proporcionalidade e de Excessividade das Leis. **Revista de Direito Administrativo**. N.º 236, abr./ jun., 2004.

⁶⁶⁵ ÁVILA, Humberto, op. cit., 2012, p. 175-176.

4.4 Conclusões parciais

O objetivo central deste capítulo foi o de estabelecermos critérios idôneos para lidar com a tensão entre a tese “maximalista” e a tese “economicista” da justiciabilidade do direito prestacional à saúde. De um lado, portanto, o controle judicial ilimitado do direito prestacional à saúde e, de outro lado, a ideia de que os custos do direito prestacional à saúde são determinantes na restrição da justiciabilidade.

Entendemos que nenhum dos caminhos mencionados é adequado sob a ótica da CF/88.

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

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

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

Adotamos duas espécies de critérios: imediatos e mediatos.

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

Os critérios mediatos exigem uma atenção mais pormenorizada e vinculada a situações específicas. Em primeiro lugar, o caso em que a demanda judicial busca uma prestação alternativa àquela proposta pelo Estado e se aplicam três subcritérios: juízo técnico-científico, mínimo existencial e reserva do possível. Apenas com o equilíbrio entre os três pode o Poder Judiciário substituir a vontade do Poder Executivo. Em segundo lugar, no caso em que quem dá causa à alteração da prestação é o próprio Estado, entendemos ser aplicável a cláusula da obrigação de progressividade das prestações estatais.

5 CONCLUSÕES

“El argumento de la falta de idoneidad técnica de los jueces, por su parte, suele girar en torno, al menos, de tres objeciones centrales. Primero, los jueces no serían expertos en materia económica y social, y por lo tanto sería peligroso dejarles intervenir en cuestiones complejas que escapan a sus funciones tradicionales. Segundo, al no ser los encargados de recaudar impuestos y de obtener recursos para financiar las políticas sociales, sus intervenciones tenderían a obviar las restricciones presupuestarias y las consecuencias financieras de las decisiones sobre los derechos deslizando por una resbaladiza pendiente de ‘populismo judicial’. Esto sería, además, un factor de erosión de la propia participación política, puesto que generaría en los ciudadanos una ‘ilusión de tutela’ que los llevaría a reemplazar la lucha electoral y la movilización social por la interposición de acciones judiciales. Finalmente, incluso en aquellos casos en que los tribunales fueran cautos y prudentes, carecerían de las herramientas procesales adecuadas para llevar adelante una tarea de tutela como la que los derechos sociales exigen. Ninguna de estas críticas, en realidad, es infundada. Tras ellas anidan argumentos teóricos razonables y experiencias históricas que no pueden desconocerse. Sin embargo, desde una perspectiva basada en la necesidad de impulsar todas las vías posibles de garantía de los derechos sociales – políticas y jurisdiccionales, institucionales y extra-institucionales (o sociales) – no pueden considerarse concluyentes.”⁶⁶⁶

Apesar de extensa, a citação acima guarda uma íntima relação com a exposição feita ao longo da nossa pesquisa. Isto porque apresenta os pontos centrais da investigação acerca da justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais em sentido estrito e os limites ao Poder Judiciário em matéria de intervenção.

⁶⁶⁶ PISARELLO, Gerardo, op. cit., 2007, p. 90.

Em primeiro lugar, considera a limitação técnica da análise do direito prestacional pelo Poder Judiciário, tendo em vista que os magistrados não são especialistas em questões econômicas e sociais. Tratam-se de questões que fogem das funções tradicionais do Poder Judiciário. Intervir e decidir em matérias que determinam a vida das políticas públicas sociais não se insere dentro das funções tradicionais, por certo.

Em segundo lugar, a intervenção do Poder Judiciário, em matéria de direitos prestacionais em sentido estrito, tende a destacar as limitações financeiras das prestações disponibilizadas pelo Estado. Nesse sentido, a opção pela intervenção do Poder Judiciário, pela atipicidade da atividade, pode facilmente tornar-se uma forma de ativismo judicial ou, como diz Pisarello, “populismo judicial”. Essa conduta pode ter como consequência não só graves danos às finanças públicas, mas ao princípio da separação dos poderes pelo desrespeito à deliberação democrática advinda dos Poderes Legislativo e Executivo no momento em que o Poder Judiciário se imiscui. Sem dúvida, cria-se a ilusão de que é possível rever todas as deliberações democráticas por meio de uma ação judicial, perdendo força a mobilização social e a luta eleitoral.

Em terceiro lugar, há a necessidade de adequarmos os instrumentos processuais operados pelo Poder Judiciário, de forma a permitirem uma análise idônea e prudente pelo Poder Judiciário, operando no Estado Democrático (social) de Direito com instrumentos adequados à gramática dos conflitos sociais e dos direitos fundamentais sociais.

Todas essas objeções merecem acolhimento. Contudo, o seu reconhecimento não pode representar a inaplicabilidade dos direitos sociais prestacionais em sentido estrito, tampouco significa que o Poder Judiciário tem o seu caminho aberto para livremente promover ativismo judicial ou populismo judicial.

O Poder Constituinte acolheu, no texto da CF/88, os direitos sociais como direitos fundamentais e os dotou do regime da aplicabilidade imediata. As razões são diversas: sociais, políticas, históricas, econômicas e jurídicas. Inserido nos direitos sociais, está o direito prestacional à saúde. A aplicabilidade imediata impõe ao Estado a necessidade da adoção de medidas que possibilitem concretizar os direitos sociais, mesmo em se tratando de direitos prestacionais. O Poder Judiciário deve assegurar que seja respeitado esse regime jurídico dos direitos sociais.

No entanto, a efetivação do direito prestacional à saúde, como de todos os direitos fundamentais, não se dá separada da organização, prevista na CF/88, dos Poderes Legislativo e Executivo por meio do Orçamento Público e de sua arrecadação. Todavia, os direitos sociais, por sua complexidade, exigem recursos materiais mais robustos à sua efetivação. Os

meios materiais, por sua lógica limitação, estabelecem uma mensagem fundamental: não é possível atender a todos – considerados individualmente – na concretização do direito prestacional à saúde. Daí o mister da deliberação democrática, em conformidade com as funções Legislativa e Executiva, ou mesmo a orientação político-ideológica, típica dessas funções para determinar o que deve ou não ser prestado. Porém, isso não autoriza esses Poderes a não concretizar o direito prestacional à saúde.

Diante desse quadro, o nosso entendimento é o da adoção de critérios para a justiciabilidade do direito prestacional à saúde. Com esses critérios, pretendemos definir uma linha mediana entre a exigibilidade do direito prestacional à saúde e as limitações financeiras do Estado sem, com isso, violar a deliberação democrática em matéria de políticas públicas de saúde. Esses critérios são baseados na CF/88 e, em nosso viés, asseguram a intervenção do Poder Judiciário sem deslizar para o ativismo judicial ou o populismo judicial, realizando uma decisão racional, como deve ser o papel do Poder Judiciário⁶⁶⁷.

Assim, na construção dos critérios para a justiciabilidade do direito prestacional à saúde, este trabalho apresentou os seguintes resultados específicos:

1. Os fundamentos que justificam a exigibilidade do direito prestacional à saúde podem ser descritos de duas formas. Em primeiro lugar, por fundamentos materiais, que confirmam o caráter substancial do direito prestacional à saúde na CF/88. Em segundo lugar, por fundamentos formais, que demonstram a exigibilidade do direito prestacional à saúde, com base em direitos fundamentais que asseguram o seu exercício – como os arts. 2º e 5º, XXXV da CF/88.

2. O direito prestacional à saúde é um direito fundamental, previsto no art. 6º e no art. 196 e seguintes da CF/88. A afirmação de sua fundamentalidade significa que possui plena eficácia e deve ser dotado de máxima efetividade.

3. Ao direito prestacional à saúde é assegurado o regime jurídico da aplicabilidade imediata, o que implica dizer que a inexistência de medidas legislativas para a regulamentação desse direito não impede a sua exigibilidade.

4. O direito prestacional à saúde pode gerar um direito subjetivo à saúde. Para tanto, é necessário que o sujeito ou a coletividade apresente razões jurídicas válidas e suficientes, assegurando um conteúdo mínimo das prestações em matéria de direito à saúde. Além disso, a maior concretização do direito prestacional à saúde pelos Poderes Legislativo e Executivo gera posições jurídicas vinculantes.

⁶⁶⁷ ZAIDEN, Juliano Benvindo. **On the limits of Constitutional Adjudication: deconstructing balancing and judicial activism**. Heidelberg: Springer-Verlag, 2010. p. 88.

5. São asseguradas tanto a titularidade individual (e individual homogênea) como a coletiva (transindividual) do direito prestacional à saúde. A titularidade dos direitos fundamentais é não só para os direitos civis, mas também para os direitos sociais. A pessoa, individualmente considerada, ou a coletividade – sem a identificação das pessoas – tem garantido o direito prestacional à saúde. Em nossa ótica, a diferença é que, no direito subjetivo individual, há a busca da proteção da justiça compensatória, enquanto no direito subjetivo coletivo (transindividual), há uma forma de justiça distributiva (distribuição de bens).

6. O direito prestacional à saúde possui uma dimensão objetiva que representa os limites e valores que atuam como referenciais ao Estado. Tem como elementos as garantias institucionais e os deveres prestacionais do Estado. As garantias institucionais estão previstas no art. 198 da CF/88, enquanto os deveres prestacionais estão previstos no art. 196 e são os seguintes: ações para prevenção de doenças e ações para o provimento de recursos médicos, os quais dependem das condições materiais do Estado.

7. A efetivação do direito prestacional à saúde exige a adoção de medidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, o Estado elabora políticas públicas de saúde – são utilizados os termos políticas sociais e econômicas no art. 196 da CF/88 – para estabelecer as prestações fáticas. As políticas públicas de saúde são condicionadas pela CF/88, pela LOS e a Lei Complementar n.º 141/2012. Os Poderes Legislativo e Executivo, ao criarem as políticas públicas de saúde, geram posições jurídicas que, caso sejam violadas e se comprove algum dano (titularidade individual) ou haja prestações não razoáveis (titularidade coletiva), tornam-se exigíveis judicialmente.

8. A possibilidade de os indivíduos exigirem o direito prestacional à saúde não se funda apenas em razões materiais. Há razões ditas formais que se referem à legitimidade normativa do Poder Judiciário para solver questões vinculadas à judicialização do direito à saúde.

9. Nesse sentido, a CF/88 assegura a inafastabilidade da tutela jurisdicional, no caso de lesão ou ameaça a direito (art.5º, XXXV). Isto significa que o Estado deve estabelecer instrumentos processuais aptos à promoção dos direitos fundamentais e não é possível restringir o acesso ao Judiciário em virtude da matéria. No caso do direito prestacional à saúde, independentemente dos argumentos materiais à sua exigibilidade, permite-se requerer em juízo a sua aplicabilidade, pois toda a matéria constitucional torna-se justiciável, realçando o papel do Poder Judiciário na promoção dos direitos fundamentais.

10. Além disso, o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) autoriza a exigibilidade do direito prestacional à saúde, impondo aos três Poderes o dever de zelarem pela efetivação dos direitos fundamentais, sejam sociais, sejam civis. A intervenção do Poder Judiciário deve ser mínima e excepcional.

11. Dessa maneira, os fundamentos dogmático-materiais e dogmático-formais deixam clara a possibilidade de exigibilidade judicial do direito prestacional à saúde. Todos os elementos apresentados nos levaram a concluir que o Legislador Constituinte considerou o direito prestacional à saúde um bem exigível. O seu conteúdo é essencial para a afirmação do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, impondo deveres ao Estado na realização prestacional do direito à saúde.

12. Entretanto, os direitos fundamentais geram custos. Os direitos sociais, pela sua complexidade e, conseqüente, disponibilidade de recursos, como é o caso do direito prestacional à saúde, geram custos mais significativos. O exame e o deferimento de demandas, com base nos fundamentos que asseguram a exigibilidade do direito prestacional à saúde, podem comprometer a organização das finanças do Estado para assegurar a efetivação do direito à saúde.

13. Não há recursos disponíveis para todas as necessidades em matéria de direito prestacional à saúde. Assim, o Estado organiza suas prestações, por meio do Orçamento Público, na LOA. A intervenção do Poder Judiciário não pode desconsiderar os efeitos orçamentários da exigibilidade.

14. Sendo assim, as decisões orçamentárias podem ser consideradas uma forma de implementação do direito prestacional à saúde. Isto porque a efetivação do direito prestacional à saúde representará o desembolso de recursos do Estado e, para isso, há a organização da LOA. A LOA define o quanto poderá ser investido na efetivação do direito prestacional à saúde ao longo de um ano.

15. Nesse cenário, é preciso considerar que existe, faticamente, uma escassez de recursos financeiros, devendo ser consideradas as normas orçamentárias na intervenção do Poder Judiciário.

16. No campo da saúde pública, a escassez assume uma importância maior, pois o direito à saúde não se limita aos serviços de saúde e aos produtos farmacêuticos, apresentando uma multidimensionalidade de prestações. As necessidades são ilimitadas e os recursos financeiros para o atendimento das demandas são escassos, vinculados à arrecadação e às escolhas públicas. As demandas humanas na saúde são infinitas, independentemente dos

recursos orçamentários, ainda que todos os recursos fossem destinados ao direito prestacional à saúde.

17. Para além das necessidades humanas, o Estado deve equilibrar o orçamento e limitá-lo em relação aos resultados que pretende atender com as políticas públicas de saúde. Consideramos que, de fato, há escassez de recursos financeiros para a efetivação do direito prestacional à saúde. A escassez não precisa ter um papel preponderante na justiciabilidade do direito prestacional à saúde, mas deve ser sopesada.

18. O Estado disponibiliza uma parcela do orçamento obrigatoriamente para a saúde pública. Isto reduz o grau de discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo no investimento na saúde e assegura um mínimo a ser aplicado nessa área (art. 198 da CF/88 e art. 5º da Lei Complementar n.º 141/2012), aumentando a sindicabilidade do Poder Judiciário.

19. A previsão de um orçamento mínimo da saúde com caráter impositivo não significa que ele será suficiente para o atendimento de um mínimo satisfatório. Os valores excedentes ao mínimo submetem-se ao regime jurídico da lei orçamentária como lei formal. Entendemos que, no caso da não execução de valores além do mínimo, há um dever de fundamentação sindicável pelo Poder Judiciário com base no postulado da razoabilidade.

20. Além dos efeitos vinculados à limitação orçamentária para a efetivação do direito prestacional à saúde, a justiciabilidade sem limitação oferece outro risco ao Orçamento Público: é o chamado efeito multiplicador. Uma de nossas preocupações é que a não criterização na demanda e o deferimento de demandas sem criterização podem possibilitar que outras pessoas ingressem em juízo e sejam beneficiadas por uma tutela sem critérios, gerando uma forte inversão nas prioridades orçamentárias. O crescente número de demandas cujo objeto é o pedido de medicamento/tratamento não previsto na política pública de saúde via Poder Judiciário aponta para a ocorrência do efeito multiplicador.

21. A nossa pesquisa conduz à conclusão de que, para equilibrar as limitações orçamentárias e um provável efeito multiplicador, é preciso priorizar o acesso ao direito à saúde a partir de uma leitura constitucional.

22. Em primeiro lugar, deve ser ressignificado o sentido do acesso universal previsto no art. 196 da CF/88. O acesso universal deve ser interpretado como um fim a ser realizado, devendo preconizar um parâmetro geral que possibilite o acesso ao maior número de indivíduos. O Estado deve adotar uma política que racionalize recursos, devendo condicionar o acesso pelas características do requerente e da eficiência do tratamento/medicamento.

23. Em segundo lugar, toma lugar a ressignificação do sentido de acesso igualitário previsto no art. 196 da CF/88. Diante da comprovada escassez de recursos e da desigualdade

social existente no contexto brasileiro, a atenção deve ser prioritária aos que comprovarem a sua condição de hipossuficiência. Ou seja, o indivíduo deve comprovar não ter condições de custear o tratamento/medicamento.

24. Portanto, a partir da escassez de recursos, são estabelecidas duas condições para o acesso ao direito prestacional à saúde: a priorização do acesso, conforme as condições do indivíduo e a eficiência do tratamento disponível, e a comprovada hipossuficiência do requerente.

25. Diante da comprovação da exigibilidade (justiciabilidade) do direito prestacional à saúde e da escassez de recursos para sua efetividade, além do respeito à deliberação democrática dos Poderes Legislativo e Executivo, entendemos que devem ser adotados critérios que assegurem a força normativa do direito prestacional à saúde, sem, com isso, tornar absolutas as questões orçamentárias ou a justiciabilidade desse direito.

26. O Poder Judiciário deverá, antes de aplicar qualquer critério, examinar os condicionamentos apresentados na conclusão 24.

27. Os critérios são divididos entre critérios imediatamente aplicáveis e critérios mediamente aplicáveis. Aqueles que tratam da exigibilidade imediata estão ligados a circunstâncias em que estamos diante de um direito subjetivo a partir de um não cumprimento de uma regra prevista numa política pública. Nesse caso, fere-se uma norma constitucional ou uma política pública. Quanto aos critérios de exigibilidade mediata, são aqueles que exigem o exame de todas as circunstâncias ligadas ao caso concreto pelo Poder Judiciário, não sendo possível, *a priori*, a verificação da existência de um direito subjetivo a prestações em sentido estrito.

28. Em relação aos critérios de exigibilidade imediata, há dois: omissão total em matéria de políticas públicas de saúde e não cumprimento de prestações previstas nessas políticas.

29. A configuração do art. 196 da CF/88 exige a compreensão do seguinte roteiro: (1) direito de todos, (2) dever do Estado, (3) definição de políticas públicas, (4) integralidade da saúde, (5) acesso universal e (6) acesso igualitário. Quanto maior for a definição dos itens, maior a vinculação do Poder Executivo às prestações.

30. A omissão total é representada pela não previsão do tratamento e/ou medicamento nas políticas públicas de saúde. Neste contexto, há duas possibilidades: a) o caso em que é recomendado por um médico um determinado tratamento/medicamento para uma doença e não há previsão nas políticas públicas; por exemplo, quando não consta na RENAME e não há a possibilidade de realização do procedimento pelo SUS; b) o caso em que são exigidas

melhorias na prestação do serviço pelo Poder Judiciário; por exemplo, a determinação dos especialistas que devem atender e a ampliação do número de leitos públicos em hospitais.

31. No caso *a)* supracitado, se há fatos e evidências que reconheçam a existência de uma determinada doença, sendo que isto pode gerar um dano à vida de um indivíduo sem condições financeiras de arcar com seu próprio medicamento/tratamento, é possível a intervenção do Poder Judiciário para a determinação do fornecimento.

32. No caso *b)* supracitado, é preciso verificar se foram adotadas as medidas necessárias à realização progressiva do direito prestacional à saúde, garantia prevista no PIDESEC. Ou seja, se as políticas públicas de saúde adotam ações para a melhoria das condições de prestação desses serviços para a coletividade.

33. Ainda em relação aos critérios de exigibilidade imediata, há o não cumprimento daquilo que está previsto nas políticas públicas de saúde. Nesta situação, entendemos que, no caso de não fornecimento de medicamento previsto nas políticas públicas de saúde, há o direito subjetivo e não se trata, a nosso ver, de intervenção do Poder Judiciário no âmbito de conformação político-legislativa da Administração Pública.

34. O Poder Judiciário deve assumir a tarefa de fazer cumprir as prestações previstas nas políticas públicas de saúde. Assim, as medidas adotadas no exercício do poder discricionário do Poder Executivo, ao concretizar as prestações em matéria de saúde, convertem-se em verdadeiras obrigações legais, tornando-se o Poder Judiciário o garante da execução das medidas dessas políticas.

35. Essas medidas não podem deixar de ser cumpridas pelo Estado por consistirem no mínimo vital determinado por ele mesmo e ao qual se vincula no exercício de suas funções administrativas.

36. Em relação aos critérios de exigibilidade mediata, há duas situações: o caso do pedido de prestações alternativas – as previstas em políticas públicas de saúde – e a alteração das prestações previstas em políticas públicas de saúde pelo Estado.

37. No caso do pedido de prestações alternativas, entendemos que devem ser aplicados três critérios em conjunto: juízo técnico-científico, mínimo existencial e reserva do possível.

38. Os medicamentos/tratamentos requeridos devem, cientificamente, gerar efeitos mais benéficos do que o que é fornecido pelo SUS. Além disto, não podem ser experimentais, devendo, neste caso de prestação alternativa, o custo ser proporcional ao benefício que promove à saúde do indivíduo que demanda.

39. Em sendo positivo o juízo técnico, devemos verificar o mínimo existencial. O mínimo existencial *prima facie* é o determinado pelos órgãos de deliberação democrática. Se

não é satisfatória essa prestação, o Poder Judiciário deve verificar se a prestação alternativa representa uma maior proteção ao direito prestacional à saúde.

40. O exame do mínimo existencial se dá com base em dois questionamentos: a) esse tratamento ou medicamento é indispensável para uma vida decente (digna) em que se assegure a autonomia e o bem estar do requerente? b) o tratamento previsto para essa enfermidade, nas políticas públicas de saúde, não gera o mesmo efeito? Se for indispensável para assegurar a autonomia e o bem-estar do indivíduo e gerar um efeito mais benéfico, está verificado o mínimo existencial.

41. O último exame é o da reserva do possível. Neste sentido, os Tribunais não estão obrigados a fornecer todo e qualquer medicamento/tratamento tão somente em virtude de sua positivação nos arts. 6º e 196 da CF/88.

42. O exame da reserva do possível deve considerar a disponibilidade fática de recursos financeiros pelo Estado, a disponibilidade jurídica de recursos e a proporcionalidade da prestação. Assim, em um primeiro momento, o exame a ser realizado é acerca da disponibilidade de recursos públicos pelo Estado; se há, faticamente, recursos financeiros disponíveis nos cofres públicos para a disponibilização de um medicamento/tratamento distinto do previsto para uma determinada doença. Em um segundo momento, a preocupação deve ser relativa à disponibilidade jurídica dos recursos; em outras palavras, se ainda existe a possibilidade da aplicação de recursos previstos na LOA para a saúde pública (se não foram aplicados todos os recursos autorizados). O terceiro e último momento merece uma análise mais densificada, pois preconiza o exame da proporcionalidade do medicamento/tratamento a ser adotado.

43. O postulado da proporcionalidade exigirá, por si só, o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Verificados todos esses elementos, atende-se ao critério da reserva do possível.

44. Se encontrarmos uma resposta positiva para o juízo técnico, o mínimo existencial e a reserva do possível, caberá ao Poder Judiciário o deferimento do medicamento/tratamento da prestação alternativa.

45. No caso da alteração das prestações estatais por vontade do Estado, aplica-se o seguinte critério: a obrigação da progressividade das prestações, em função do art. 2º, item do PIDESC.

46. Para verificar a obrigação da progressividade das prestações, examinamos: a não violação da proteção das expectativas legítimas; a medida não ser prejudicial aos hipossuficientes; e a razoabilidade da medida.

47. Em relação às expectativas legítimas, a mudança não poderá ser abrupta ou sem medidas transitórias, sem justificativas suficientes. Além disto, a medida não deve prejudicar os indivíduos que não possam, por si, assegurar um nível básico de prestações. Por fim, aplicamos o postulado da razoabilidade – deve existir uma equivalência entre o medicamento/tratamento anterior com a nova medida, que não pode piorar a situação do indivíduo dependente do medicamento para o tratamento de sua enfermidade. Se um desses critérios for violado, cabe ao Poder Judiciário garantir que não seja alterada a prestação.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

_____; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**. Vol. 113, n.º 3, 2000.

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

_____. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

_____. **Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Interpretação dos Direitos Fundamentais e Conflito entre Poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARANGO, Rodolfo. **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales**. Bogotá: Legis, 2012.

_____. La perspectiva de las necesidades basadas en derechos. In: MONGUI, Pablo Elías González. **Derechos económicos, sociales y culturales**. Bogotá: Universidad Libre de Colômbia, 2009.

_____. Realizing Constitutional Social Rights Through Judicial Protection. Disponível em <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CDMQFjAA&url=http%3A%2F%2Filsa.org.co%2Fbiblioteca%2Fdownlds%2FBylw%2Fbylw25%2Fbylw25-04.pdf&ei=ajSJUpSmHtDPkQeUmIDIDQ&usg=AFQjCNF5W-9OWz9wnBzeF-22OiyO842AVQ&sig2=5WdsEm3uJwLFLK4fNnKATQ&bvm=bv.56643336,d.eW0>> Acesso: 10.11.2013.

_____. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). **O Desafio dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A objetividade dos direitos fundamentais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Vol. 1, n.º 5, 2007.

_____. Los derechos sociales en iberoamérica: estado de la cuestión y perspectiva de futuro. **Cuadernos eletrónicos de Derechos Humanos y Democracia**. n.º 5, fev., 2010. Disponível em <http://www.portalfio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/1_%20Los%20derechos%20sociales%20en%20Iberoam%C3%A9rica.pdf> Acesso: 08.12.13.

_____. La prohibición de retroceso en Colômbia. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

_____; LAMAITRE, Julieta. **Jurisprudencia constitucional sobre el minimo vital**. Caracas: Uniandes, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. As ações coletivas e o controle de políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal: Custos Legis**. Ano 1, n.º 1, 2009.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ASSIS, Araken. **Aspectos polêmicos e atuais da jurisdição e do Direito à Saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). **O Desafio dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

_____. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Conteúdo, Limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. **Revista de Direito Administrativo**. n.º 236, abr.-jun., 2004.

_____. Ativismo Judicial e Direito Tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. Vol. 15, São Paulo: Dialética, 2011.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. **Revista Eletrônica Direito do Estado**. n.º 17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>> Acesso: 28.01.2013.

AZEM, Guilherme Beux Nassif. Direito à saúde e comprovação da hipossuficiência. In: ASSIS, Araken de. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Vol 2, Rio de Janeiro: Forense, 1955.

BARBOSA, Ruy. **Obras Completas**. Vol. XLII, Tomo I, 1915 Disponível em <<http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&PagFis=25678&Pesq=self%20executing>> Acesso: 05.12.13.

BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas**. Disponível em <<http://ebookbrowse.com/artigo-neoconstitucionalismo-direitos-fundamentais-e-controle-das-politicas-publicas-ana-paula-de-barcellos-pdf-d160481165>> Acesso: 12.6.2013.

_____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública de São Paulo**. Ano 1, n.º 1, jul/dez, 2008.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> acesso: 08.11.08.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Justiça Social. Gênese. Estrutura e Aplicação de um Conceito. **Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS**. Vol 28, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERGER, Jonathan. Litigating for Social Justice in Post-Apartheid South Africa. In: GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**. Cambridge: Cambridge, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOTELHO, Ramon Fagundes. **A Judicialização do Direito à Saúde: a tensão entre o “mínimo existencial” e a “reserva do possível” na busca pela preservação da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2011.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, p. 134-144, ano 1996.

BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. Tome IV (Les Regimes Politiques), Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices: the conflicts society in the allocation of tragically scare resources**. New York: Norton, 1978.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **“Custo dos Direitos” e Reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. **Direito Econômico, Direitos Humanos e Segurança Coletiva**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2007.

_____. **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

CAMPOS, Hisbello S. Considerando a asma. **Boletim de Pneumologia Sanitária**. vol.10, no.1, jun., 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direitos Privados**. Coimbra: Almedina, 2012.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O Ativismo Judiciário: entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza. In: MOURA, Lenice S. Moreira de. **O novo constitucionalismo na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Tom e o Dom na Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. Rever a Constituição Dirigente ou romper com a Constituição Dirigente? Em defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

_____. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CARBONELL, Miguel. **El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales**. México, DF: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**. Vol. 89, maio, 1976.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para a introdução de novos medicamentos. **Revista Saúde Pública**. vol. 3, n.º 44, 2010.

CID, Benito de Castro. Estado Social y Crisis de los Derechos económicos, sociales y culturales. **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**. Ano III, n.º 6, Fev, 1998, p. 51-71.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **ALCEU**. Vol. 5, n.º 9, jul./dez., 2004.

CLERICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional**. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Direitos Fundamentais Sociais: reserva do possível e controle jurisdicional. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Vol. 30, n.º 63, jan.-jun., 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 35, n.º 134, abr-jun, 1998.

CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COOKSON, R; DOLAN, P. Public Views on Health Care Rationing: a group discussion study. **Health Policy**. N.º 49, 1999. p. 70-71. Disponível em <http://medprof.bjmu.edu.cn/xsqy/48_Public%20views%20on%20health%20care%20rationing%20a%20group%20discussion%20study.pdf> Acesso: 01.02.14.

CORREIA, Fernando Alves. A concretização dos Direitos Sociais pelo Tribunal Constitucional. **Revista de Legislação e Jurisprudência**. n.º 3951, ano 137, jul.-ago., 2008.

_____. Os Direitos Fundamentais e a sua proteção jurisdicional efectiva. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Ano 79, 2003.

COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

_____. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Da política pública ditada pelo Poder Judiciário no tocante à Saúde Pública. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Vol. 41, n.º 47, jan./jun., 2007.

COUTO e SILVA, Almiro Regis Matos do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 27, n.º 57, p. 181-208, 2003. p. 195.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Vol. 27, n.º 57, 2004.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DENNIER, Yvonne. **Efficiency, Justice and Care: Philosophical reflections on Scarcity in Health Care**. s/l: Springer, 2007.

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. T. 1, Paris: Fontemoing, 1928.

DOMÍNGUEZ, Ana Garriga ¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales. In: ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. **Una discusión sobre derechos colectivos**. Madrid: Dykinson, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard, 1999.

_____. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard, 2000.

ECHEVARRIA, Juan Jose Solazabal. Sobre el principio de la separación de poderes. **Revista de Estudios Políticos – Centro de Estudios Constitucionales**. n.º. 24, nov/diez, 1981, p. 215-234.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 2002.

FABRE, Cécile. **Social Rights under the Constitution. Government and decent life.** Oxford: Oxford, 2004.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Harming The Poor Through Social Rights Litigation: Lessons From Brazil. **Texas Law Review.** Vol. 89, jun., 2011.

_____. Brazil. Health Inequalities, Rights, and Courts: The Social Impact of the Judicialization of Health. In: YAMIN, Alicia; GLOPPEN, Siri. **Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?** Cambridge: Harvard University, 2011.

_____; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **DADOS – Revista de Ciências Sociais.** Vol. 52, n.º 1, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. **Revista Interesse Público.** n.º 44.

FILCHTINER, Mariana Figueiredo. **Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. **Revista brasileira de Direito Público (RBDP).** n.º 20, ano 6, jan.-mar., 2008.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Legitimidade do MP para a defesa dos interesses individuais homogêneos: a importância do caráter individualista do controle judicial da Administração no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Público,** Belo Horizonte, ano 6, n. 20, p. 127-138, jan/mar. 2008.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Julio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Políticas Públicas: possibilidades e limites.** Belo Horizonte: Forum, 2008.

FOSTER, Charles. Simply Rationality? The law of the healthcare resource allocation on England. **Journal of Medical Ethics.** Vol. 33, n.º 7, 2007. p. 406-407. Disponível em < <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2598137/>> Acesso: 01.02.14.

FREITAS, Juarez **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GALATO, Dayani; NESI, Humberto; ROSSO, José Antônio; OLIVEIRA, Rita de Cássia Schmitz Mendes; TRAUTHMAN, Silvana Cristina; LUNARDI, Tânia; SCHUELTER-TREVISOL, Fabiana. Judicialização de Medicamento no Brasil: um processo que deve ser racionalizado. **Revista Saúde Pública**. vol. 2, n.º 46, p. 390-391, 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos – Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Emerson. **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. n.º 2, 2005.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **O Direito das Políticas Públicas**. Coimbra: Almedina, 2009.

GARGARELLA, Roberto. Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿ Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales? **Jueces por la Democracia**. n.º 31, mar., 1998.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social, Economic Rights in the Developing World**. Cambridge: Cambridge, 2008.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GIACOMI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Atlas, 2007.

GIL, Rúben Sánchez. **El principio de proporcionalidad**. México, DF: UNAM, 2007.

GIMÉNEZ, Teresa Vicente. **La exigibilidad de los derechos sociales**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional. Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GROSMANN, Lucas. **Escasez y Igualdad: los derechos sociales en la Constitución**. Argentina: Librería, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

_____. **La sintassi del diritto**. Torino: G. Giappichelli, 2000.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. London: Penguin, 2003.

HARDIN, Russell. The Free Rider Problem. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2013 Edition)** Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/free-rider/>> Acesso: 20.01.14.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit publique**. Paris: Dalloz, 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 2000.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Milano: Società Libreria, 1912.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

KADRI, Omar Francisco do Seixo. **O Executivo Legislador: o caso brasileiro**. Studia Iuridica, Coimbra: Coimbra, 2004.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KING, Jeff. **Judging Social Rights**. Cambridge: Cambridge Press, 2012.

KLEIN, R. Dimensions of Rationing: who should do what? **British Medical Journal**. Vol. 31, n.º 307, jul., 1993. p. 309. Disponível em <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1678573/>> Acesso: 01.02.14.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durham: Duke University, 2012.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LABAND, Paul. **Derecho Presupuestario**. Madrid: Tecnos, 2012.

LANGFORD, Malcolm. Judging Resource Availability. In: SQUIERS, John; LANGFORD, Malcolm; THIELE, Bret. **The Road to a Remedy: current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. **Revista Interesse Público**, ano 10, n.º 48, mar./abr. 2008.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIEBENBERG, Sandra. Enforcing Positive Socio-Economic Rights Claims: The South Africa Model of Reasonable Review. In: SQUIERS, John; LANGFORD, Malcolm; THIELE, Bret. **The Road to a Remedy: current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Estudos Jurídicos**. V. 32, n.º 86, set./dez., 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

_____. Judiciário, democracia e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. ano 31, n.º 122, mai.jul., 1994.

_____. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. Direito à (proteção da) saúde. **Revista da Defensoria Pública de São Paulo**. Ano 1, n.º 1, jul/dez, 2008, p. 35-73.

MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. **Revista Saúde Pública**. vol. 4, n.º 45, p. 706-713, 2011.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Juicio de Amparo e Interés Legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos**. México: Porrúa, 2003.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 2001.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**. Ano 5, n.º 18, 2007.

MASHAW, Jerry L. Improving the environment of agency rulemaking: an essay on management, games and accountability. **Law and Contemporary Problems**. Vol. 57, n.º 2, 1994.

MAURICIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas** Belo Horizonte: Forum, 2009.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos Sociales y Positivismo Jurídico**. Madrid: Dykinson, 2004.

_____. Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto. **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas**. Ano III, n.º 6, Fev, 1998, p. 15-34.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005.

MARTINS, Marcelo Guerra. As vinculações das Receitas Públicas no Orçamento. A desvinculação das receitas da união (DRU). As contribuições e a referebilidade. In: CONTI,

José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDEIROS, Fabricio Juliano Mendes. **O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

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

_____. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In: MELLO, Cláudio Ari (coord.). **O Desafio dos Direitos Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy**. Oxford: Oxford, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. A Constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista de Direito do Estado**, n.º 22, jan/mar, 2012, p. 147-187.

_____. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MÖLLERS, Cristoph. **The Three Branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford, 2013.

NABAIS, José Casalta. **Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Coimbra, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2011.

_____. O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais – o Direito à segurança social. **Jurisprudência Constitucional**. n.º 6, abr/jun, 2005.

_____. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Vol. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, Dissertação de Mestrado, 2006.

PARRA-VERA, Oscar. **How do courts set health policy? The case of the Colombian Constitutional Court**. Disponível em <
<http://www.plosmedicine.org/article/info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pmed.1000032>>
 Acesso: 01.12.13.

PELÁEZ, Francisco José Contreras. **Derechos Sociales: teoría y ideología**. Madrid: Tecnos, 1994.

PENNA, Saulo Versiani. **O Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

_____. **La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español**. Disponível em <
http://www.idhc.org/cat/documents/CursDH_2011/09_PISARELLO_Gerardo_01.pdf>
 Acesso: 06.12.13.

_____. **Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista.** Disponível em <
http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Gerardo_Pisarello-_Enemigos_de_los_ds.pdf> Acesso: 06.12.13.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais: teoria geral.** Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. **O princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.** Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** Coimbra: Coimbra, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial.** São Paulo: Saraiva, 2010.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** Vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROBERTSON, David. **The Judge as Political Theorist: contemporary constitutional review.** New Jersey: Princeton, 2010.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e limites da Constituição.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

SALLES, Carlos Alberto. Políticas Públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

SANCHÍS, Luis Pietro. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. **Revista del centro de estudios constitucionales.** n.º 22, set/dez, 1995, p. 9-57.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado.** Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. N.º 10, jan., 2002.

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à promoção e proteção da saúde. **Direitos Fundamentais & Justiça**. n.º 10, jan./mar., 2010.

_____. La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la superveniencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ingo.pdf>> Acesso: 02.12.13.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública de São Paulo**. Ano 1, n.º 1, jul/dez, 2008.

_____; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. O jardim e a praça ou a dignidade da pessoa humana e o direito tributário e financeiro. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Vol. 1, n.º 4, 2005.

_____; NUNES, António José Avelãs. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A invocação dos direitos fundamentais no âmbito das pessoas coletivas de direito privado. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 37, n.º 145, jan./mar., 2000.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Revista Interesse Público**. n.º 2, 1999.

SCHONBERG, Soren. **Legitimate Expectations in Administrative Law**. New York: Oxford, 2006.

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

SHULTZ, Jim. **Promises to Keep: using public budgets as a tool to advance economic, social and cultural rights**. México: Ford Foundation and FUNDAR – Center for Analysis and Research, 2002. Disponível em <<http://www.internationalbudget.org/themes/ESC/FullReport.pdf>> Acesso: 02.02.14.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEPÚLVEDA, Magdalena. La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión ‘progresivamente’. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights**. Disponível em: <<http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>> Acesso: 28.6.2013.

_____; TERRAZAS, Fernanda Vargas. **Claiming the Right of Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded.** Disponível em <
http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1143281_code822733.pdf?abstractid=1133620&mirid=1> Acesso: 10.12.14.

SOBEL, Russell S. Empirical Evidence on the Union Free-Rider Problem: Do Right-to-Work Laws Matter? **Journal of Labor Research**. Vol. XVI, n.º 3, 1995.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico: evolução teórica, aplicação, eficácia e perspectivas no conteúdo da globalização. **Revista da Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul**. Vol 24, n.º 54, 2001.

_____. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SQUIERS, John; LANGFORD, Malcolm; THIELE, Bret. **The Road to a Remedy: current issues in the litigation of Economic, Social and Cultural Rights**. Sidney: UNSW Press, 2005.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. **O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SYRETT, Keith. **Law, Legitimacy and the Rationing of Healthcare: a contextual and comparative perspective**. New York: Cambridge University, 2007.

TARELLO, Giovanni. **L'interpretazione della legge**. Milano: Giuffrè, 1980.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito tributário e financeiro: o orçamento na Constituição**. Vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. n.º 177, 1989.

_____. O direito à saúde, o mínimo existencial e a Defensoria Pública. **Revista da Defensoria Pública de São Paulo**. Ano 1, n.º 1, jul/dez, 2008.

_____. As relações entre receita e despesa na Constituição. In: In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. New Jersey: Princenton, 2008.

VALE, Luís Menezes do. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o acesso às prestações concretizadoras do Direito à proteção da saúde: alguns momentos fundamentais. **Jurisprudência Constitucional**. n.º 12, out/dez, 2006, p. 12-47.

_____. Responsividade nos sistemas públicos de saúde: o exemplo da OMS. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/ Studia Iuridica, Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias**. 2010.

_____. Acces to health care between rationing and responsiveness: problem(s) and meaning(s). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Ano 88, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

_____. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção de desgoverno. **Revista Interesse Público**. n.º 48.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financiamento possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n.º 66, ano 17, jan./mar., 2009.

VELA, Rafael Barranco; SÁENZ, Francisco Miguel Bombillar. **El acceso al medicamento: retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho a la salud**. Granada: Canares, 2010.

VELLOSO, Andrei Pitten. O papel dos princípios na interpretação: argumentação jurídica e sistema jurídico. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. V. 27, n.º 58, 2004.

VENTURA, Catarina Sampaio. O Direito à saúde internacionalmente conformado: uma perspectiva de direitos humanos. **Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde**. Ano 2, n.º 4, 2005.

VENTURA, Deisy. **Direito e Saúde Global: o caso da pandemia de gripe A (H1N1)**. São Paulo: Dobra Editorial, 2013.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. O Judiciário e os Direitos Fundamentais Sociais. **Palestras no Centro de Estudos**, n.º 2, Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2002.

_____. O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais: o Direito à Segurança Social. **Jurisprudência Constitucional**. n.º 6, abr/jun, 2005, p. 3-13.

_____. O “direito ao mínimo de existência condigna” com direito fundamental a prestações estaduais positivas – um decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02. **Jurisprudência Constitucional**. n.º 1, jan/mar, 2004, p. 4-28.

_____. A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social. **Revista de Legislação e Jurisprudência**. n.º 3969, ano 141, jul.-ago., 2011.

VILE, Maurice J. C. **Constitutionalism and Separation of Powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WANG, Daniel. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WEIL, Prosper; POUYAUD, Dominique. **Le Droit Administratif**. Paris: Universitaires de France, 1994.

YAMIN, Alicia; GLOPPEN, Siri. **Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?** Cambridge: Harvard University, 2011.

_____. **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina: del invento a la herramienta.** México: Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, 2006.

YOUNG, Katherine G. **Constituting Economic and Social Rights.** Oxford: Oxford, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia.** Madrid: Trotta, 2007.

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

ZAVASCKI, Teori. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa.** ano 32, n.º 127, jul./set., 1995.

_____. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** São Paulo: RT, 2006.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de Políticas Públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ANEXO I – ARGUMENTOS EXPOSTOS NA AUDIÊNCIA PÚBLICA N.º 4/2009 DO STF

Tabela n.º 2 – Argumentos Audiência Pública n.º 4 do STF (2009)

Órgão	Representante	Argumentos
STF	Gilmar Ferreira Mendes	Reforçou a necessidade de haver uma repartição de competência entre os entes federativos para fins de responsabilização quanto ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos. Em que pese a NOB 01/96, que estipula, do ponto de vista da organização administrativa, as responsabilidades e as divisões entre os entes federativos, bem como formas de repasse de verbas e da fiscalização, é necessária a repartição pelo legislador a fim de regular as competências oriundas da Emenda Constitucional n.º 29, de forma que permita ao Judiciário a quem responsabilizar pelo fornecimento gratuito de medicamentos aos hipossuficientes.
MPU	Antonio Fernando Barros e Silva de Souza	Defende que há três situações em relação às políticas públicas de saúde em que seria necessária e cabível a demanda individual: não execução, execução inadequada e inexistência de políticas públicas de saúde, as quais permitiriam a intervenção. Embora a intervenção inadequada não reflita, de imediato, o constante deferimento de demandas individuais em casos não abarcados por essas possibilidades, geraria prejuízos mediatamente. Afirmou que para a elaboração de políticas públicas de saúde, há a participação de comunidade, SUS e conselhos de saúde, não podendo haver a intervenção do Poder Judiciário sob a égide de um direito individual à saúde. Defendeu a limitação e os critérios à intervenção do Judiciário com base numa decisão jurídica (com base em técnicas médicas e econômicas), quando houver políticas públicas de saúde no caso de medicamentos fora da lista. Ainda, neste caso, é importante a observância do registro do medicamento e a tutela da ANVISA, não podendo ser invocada a descentralização para o indeferimento de um medicamento. Para se deferir o medicamento, este deve ser registrado nos moldes da legislação brasileira.
DPU	Leonardo Lorea Mattar	Alegou que, sem sombra de dúvida, em função dos recursos e de que ao administrador público cabe a feitura de escolhas trágicas, salientou, contudo, o efeito pedagógico das decisões judiciais, pois a afirmação pelo Poder Judiciário faria a Administração Pública

		ajustar-se na elaboração e na execução de políticas públicas de saúde.
MS	Alberto Beltrame	Aproveitou para dizer que a tarefa da Administração Pública é formular e programar políticas sociais, que não há uma <i>frieza</i> na atividade do SUS, mas há escassez de recursos, ou melhor, recursos limitados. De tal forma que não se pode confundir um desejo individual a determinado medicamento ou tratamento com um direito coletivo à saúde. A saúde deve ser tratada como bem público, ao invés de bem de consumo, pois os limites financeiros impõem a eleição de prioridades. Conforme o representante do Ministério da Saúde, não há como incorporar todos os medicamentos requeridos nas demandas individuais; somente são possíveis aqueles que não são experimentais, além de uma atenção especial à relação custo/benefício e custo/utilidade. A incorporação de novos medicamentos não pode se curvar às pressões de corporações, indústrias farmacêuticas e interesses mercantis. Por fim, aduz que custear remédio experimental coloca em risco o próprio direito à vida em função dos possíveis resultados.
CFOAB	Flavio Pansieri	Não há como o Judiciário limitar a garantia do direito à vida. Assim, se fundados por protocolos clínicos, deve-se efetivar a todos o acesso a essa prestação do direito à saúde.
STF	Carlos Alberto Menezes Direito	Salientou a importância de realizar uma aproximação do Poder Executivo com o Poder Judiciário, como há no Rio de Janeiro, no sentido de constituírem uma agenda comum a traçar limites adequados.
AMB	Marcos Salles	Avaliou que as transformações na Constituição legitimam a atividade do Judiciário. Desta forma, possuem legitimidade democrática meritória, tendo autorização para controlar políticas públicas, desde que dentro de parâmetros mínimos de controle social.
PUC-RS	Ingo Wolfgang Sarlet	Disse que é preciso distinguir o direito à saúde em duas dimensões: individual e coletiva, além de ter cautela em relação ao <i>free rider effect</i> , isto é, conseguir no Judiciário aquilo que não conseguiria da Administração Pública. A exigência do esgotamento da via administrativa para o ingresso do pedido frente ao Poder Judiciário seria, segundo ele, uma catástrofe. Para Sarlet “O problema é quem decide com quais critérios”, o que retoma o debate acerca da reserva do possível. Se, por um lado, não é possível fechar as portas às demandas individuais, principalmente, nos casos em que o tratamento (mesmo que experimental) for de comprovada eficiência àquele caso. Todavia, considera o controle judicial e também preventivo do orçamento, como um todo da sua execução, é um controle que o Judiciário pode fazer, mas também é necessário que quem o provoque invista mais intensamente

		nessa perspectiva; assim como o controle das informações sobre a execução do orçamento, são medidas que podem ser aperfeiçoadas e podem levar a uma melhor coordenação do sistema como um todo e minimização inclusive dos efeitos individuais.
CNS	Francisco Batista Júnior	Salientou que os dispositivos constitucionais que tratam do direito à saúde enfatizam a necessidade da participação da comunidade nos processos decisórios na gestão da saúde.
CONASEMS	Antonio Carlos Figueiredo Nardi	Afirmou que as decisões de cunho individual têm um custo altíssimo à Administração Pública e que deveria, também, existir uma priorização ao tratamento preventivo.
PGE/RJ	Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas	Retratou as atividades integradas entre Poder Executivo e Poder Judiciário, informando acerca da pertinência do medicamento. Tais atividades tratam de temas como os medicamentos sem licitação e o respeito à repartição de competências entre os entes federativos.
FIOCRUZ	Maria Helena Barros de Oliveira	Aduziu a importância da criação de espaços de consenso entre Poder Executivo e Poder Judiciário na questão das políticas públicas de saúde e que não se pode reduzir o conceito de saúde aos medicamentos, simplificando o debate das políticas públicas.
DPU	André da Silva Ordacgy	Retomou o debate entre tutela coletiva e tutela individual, ressaltando a importância dela como meio constitucionalmente adequado ao controle de políticas públicas de saúde.
CONASS	Osmar Terra	Explicou o funcionamento da assistência farmacêutica, explicando que os medicamentos em caráter experimental (em função da sua natureza) estão excluídos da lista, constando apenas os básicos, os estratégicos e os de dispensação excepcional, havendo todo um procedimento criterioso à inclusão de um medicamento na lista.
Juiz	André de Carvalho Mendonça	Necessidade de uma ação coletiva em se tratando de medicamento não constante na lista, pois, em certas circunstâncias, o juiz fica premido pela necessidade de deferir uma tutela individual (em que pese o custo e o caráter do medicamento), porque seria um caso de <i>vida ou morte</i> .
Colégio Nacional de Procuradores do Estado, Distrito Federal e Territórios	Luis Roberto Barroso	Diz o representante na audiência pública: “[...]a judicialização individual favorece, como regra geral, quem tem mais informação, mais esclarecimento, mais acesso, seja advogado, seja a Defensoria Pública. Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar

		<p>um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico - depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais.”</p> <p>As demandas individuais, nessa perspectiva, devem versar acerca de medicamentos constantes nas listas. Ao Juiz caberia notificar o Ministério Público para que transforme a demanda individual em demanda coletiva, <i>locus</i> adequado ao debate acerca da formulação de políticas públicas de saúde.</p>
Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos	Antonio Barbosa da Silva	Frisou a necessidade de maior participação popular na política de medicamentos, ressaltando que, em muitos casos, não há o mínimo, isto é, o cumprimento de listas de medicamentos.

ANEXO II – ARGUMENTOS EXPOSTOS EM DECISÕES DA PRESIDÊNCIA DO STF (2009-2014)

Tabela n.º 3 - Decisões da Presidência do STF (2009-2014) – Termos pesquisados: “políticas públicas” e “saúde”

Nº da Decisão	Ministro	Medicamento	Decisão	Fundamentação	D.J
SS 4304	Cezar Peluso	Soliris (Eculizumabe)	Mantido fornecimento	a) Embora sem registro na ANVISA, é o único medicamento eficaz para HPN; b) O custo por si só não é suficiente para o indeferimento (cerca 1,8 milhões por ano por paciente).	19.04.11
STA 390	Cezar Peluso	Transplantes renais para pacientes da PB	Suspensão de Execução	Efeito multiplicador	01.07.10
STA 421	Gilmar Mendes	Tratamento Fora do Domicílio (valor de diária insuficiente)	Mantida Antecipação	Não há grave lesão à ordem, à segurança, à economia pública	20.4.10
STA 424	Gilmar Mendes	Domperidona (motilium), Piracetam (nootron) e cloridrato de Ranitidina (label)	Deferido o pedido	a) única paciente que seria beneficiada com a decisão faleceu; b) para os demais pacientes, a decisão é muito ampla, inviabilizando a própria ordem administrativa, obrigando o atendimento de política pública que o Poder Público ainda não implantou.	20.4.10
STA 260	Gilmar Mendes	Isentress (raltegravir)	Indeferido o pedido de suspensão	O medicamento consta na RENAME	20.4.10

STA 316	Gilmar Mendes	Plavix (Clopidrogel), Diltizem (Cardizem) e Sinvascor (Sinvastatina)	Defere efeito suspensivo	Estado está desobrigado de fornecer medicamentos/tratamentos: a) cujos efeitos, senão idênticos, mas parecidos, possam ser obtidos com os remédios oferecidos gratuitamente; b) que não geram efeitos benéficos comprovados pela ciência, vale dizer, medicamentos ainda não aprovados pela ANVISA, ou que são inadequados para o caso do paciente postulante; c) cujos custos possam ser reduzidos mediante o fornecimento de medicamentos mais baratos, com os mesmos efeitos; d) experimentais; e) cujos custos sejam desproporcionais aos benefícios que promove; f) para fins puramente estéticos; g) a pacientes que não tenham se submetidos aos tratamentos previstos pelo SUS e que têm indicação médica para o caso.	16.4.10
STA 333	Gilmar Mendes	Entecavir (Braclude)	Nega seguimento ao pedido de suspensão	O Ministério da Saúde aprovou, no âmbito de protocolo clínico do SUS, o fornecimento do medicamento pleiteado na Ação Civil Pública em questão a todos os pacientes que dele necessitem, desde que comprovada a existência das patologias.	16.4.10
STA 434	Gilmar Mendes	Mabthera (Ritixumabe)	Nega seguimento ao pedido de suspensão	a) autor é hipossuficiente; b) medicamento está registrado na ANVISA; c) dano à vida.	16.4.10
SS 3989	Gilmar Mendes	Teriparativa	Indefere pedido de suspensão	a) medicamento possui registro na ANVISA; b) dano à vida.	7.4.10
STA 283	Gilmar Mendes	Equipamento neuroestimulador	Indefere o pedido de suspensão	a) requerente necessita de implante de estimulador para eliminar dor crônica e recuperar movimentos; b) SUS prevê apenas cirurgia para a implantação; c) paciente hipossuficiente; d) ausência do fornecimento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à dignidade de vida da paciente.	7.4.10

SS 3962	Gilmar Mendes	Pegasys (Interferon Peguilado Alfa-2B)	Indefere o pedido de suspensão	a) tratamento já previsto, apenas determina seu cumprimento (direito subjetivo); b) registro na ANVISA.	7.4.10
SS 4045	Gilmar Mendes	Fornecimento de Suplementos Alimentares	Indefere o pedido de suspensão	a) todos os suplementos possuem registro na ANVISA; b) não fornecimento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida dos pacientes.	7.4.10
SS 3852	Gilmar Mendes	Nilotinib (Tosigna)	Indefere o pedido de suspensão	a) tratamento previsto pelo SUS, Glivec, causou quadro hemorrágico; b) medicamento possui registro na ANVISA; c) não fornecimento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida dos pacientes.	7.4.10
SS 3941	Gilmar Mendes	Tizanidina, Gabapentina, dieta enteral Fiber Source ou Soya Diet Multifaber e dieta especial com leite de soja e nutren.	Indefere o pedido de suspensão	a) medicamentos e dietas possuem registro na ANVISA; b) não fornecimento poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida dos pacientes.	23.3.10
STA 748	Joaquim Barbosa	Estimulação craniana transmagética	Defere cautelar	a) as provas trazidas aos autos pelo autor da ação ordinária não confirmaram o caráter urgente do procedimento requerido, bem como não evidenciaram a busca prévia por alternativas oferecidas no âmbito do SUS. Colho da decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada; b) Em momento algum afirma a necessidade inofismável da utilização deste tratamento específico e a inexistência de outro tratamento apto a preservar a saúde do demandante; c) seria por demais injusto com os demais cidadãos necessitados relativizar o princípio da reserva do possível para conceder um tratamento alternativo de	28.02.14

				<p>R\$ 68.000,00 (sessenta e oito mil reais), notadamente porque este valor causaria abalos injustificáveis às finanças municipais, o que certamente refletiria no fornecimento de tratamentos específicos a outros administrados mais necessitados.</p> <p>d) em se tratando de tratamento a ser custeado pelos cofres públicos, este deve ser feito nos moldes previstos pelo Sistema Único de Saúde, porquanto não há nos autos a prova inequívoca a atestar a verossimilhanças das alegações de que o medicamento requerido privilegia a saúde (e não a “melhor saúde”), imprescindível à vida do paciente.</p> <p>e) Não é razoável subentender-se que todo e qualquer tratamento/recomendação médica deve ser atribuído ao Estado, sendo necessário que o Poder Judiciário apenas intervenha nas políticas públicas de saúde quando estas inexistirem ou flagrantemente se apresentarem insuficientes ao atendimento das necessidades da população, em caráter geral, e, excepcionalmente, por uma questão de ponderação entre princípios, quando ocorrer o iminente risco de vida ou de dano irreversível à saúde do paciente.</p>	
--	--	--	--	---	--

ANEXO III – ARGUMENTOS EXPOSTOS EM DECISÕES MONOCRÁTICAS DO STF (2009-2014)

Tabela n.º 4 – Decisões Monocráticas do STF (2009-2014) – Termos pesquisados: “políticas públicas” e “saúde”

Nº da Decisão	Ministro	Enfermidade/ Pedido	Decisão	Fundamentação	D.J
ARE705672	Celso de Mello		Reconhece o agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário	Paciente hipossuficiente	11.12.12
RE713241	Carmen Lúcia	Fornecimento de Alimento Especial à criança carente	Nega seguimento	a) hipossuficiência; b) primazia do direito à vida e à dignidade da pessoa humana; c) apenas está o Judiciário tutelando direito e garantias fundamentais do cidadão portador de doença grave e detentor de condição de hipossuficiente, os quais são assegurados constitucionalmente.	08.12.12
RE713231	Celso de Mello	Cálculo de Vesícula	Nega provimento	a) hipossuficiente; b) norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente.	07.12.12
ARE685230	Celso de Mello	Diabetes Melitus	Conhecimento do agravo para provimento ao recurso extraordinário	Hipossuficiente	03.12.12
RE642536	Luiz Fux	Determinação de medidas para	Provimento ao recurso	a) a ilicitude gerada pelo não cumprimento injustificado do dever da administração pública em	13.09.11

		melhoria do SUS	extraordinário	<p>implementar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer a correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais;</p> <p>b) por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. [...] na maioria dos casos, a intervenção judicial ocorre não em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas públicas já estabelecidas;</p> <p>c) ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas e econômicas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento;</p>	
RE650312	Celso de Mello	Psoríase Severa	Provimento ao recurso extraordinário	Hipossuficiente.	19.11.12
AI844259	Cezar Peluso	Aparelho auditivo	Provimento ao agravo, convertendo-o em recurso extraordinário a que se nega seguimento	<p>a) tratamento preferencial a crianças e adolescentes (ECA);</p> <p>b) hipossuficiência do infante.</p>	14.08.12

RE669955	Joaquim Barbosa	Exame colangio – pancreatografia endoscópica retrógrada com papilotomia endoscópica	Nega seguimento ao recurso	Hipossuficiência.	07.08.12
AI857273	Cármen Lúcia		Nega seguimento ao agravo	Hipossuficiência.	11.04.12
AI854007	Cármen Lúcia	Ausência de profissionais suficientes na área da saúde	Dá provimento ao agravo	A discussão sobre os limites do princípio da independência entre Poderes, no que se refere a políticas públicas para implementação de direitos e garantias previstos na Constituição da República, tem sido submetida, de forma reiterada, à análise deste Supremo Tribunal Federal.	19.03.12
AI834759	Dias Toffoli	Fornecimento de medicamento	Nega provimento ao agravo	É dever do Estado fornecer aos necessitados os medicamentos que necessitam para sua sobrevivência.	14.03.12
ARE675428	Cármen Lúcia	Diabetes descompensado	Nega seguimento ao agravo	a) Necessidade do medicamento; b) hipossuficiência financeira.	12.03.12
RE665764	Cármen Lúcia	Realização de exames cujo repasse de verbas não foi realizado (com base no teto físico orçamentário)	Nega seguimento ao recurso extraordinário	a) não há o que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) ou em intervenção do Judiciário no mérito administrativo (conveniência e oportunidade), uma vez que “aqui o problema não diz respeito ao conteúdo e ao motivo dos atos, mas sim a elementos que não podem deixar de ser fiscalizados, porque nesse caso preleva o princípio da legalidade e da supremacia da Constituição”; b) o STF assentou que o Poder Judiciário poderá determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde, desde que não haja inovação jurídica, para determinar que o Poder Executivo cumpra as políticas antes estabelecidas nos termos constitucionais.	13.12.11

RE575179	Dias Toffoli	Acompanhamento clínico e psicológico destinado a aferir a viabilidade de cirurgia de transgenitalização	Nega seguimento	a) proteção à vida; b) dignidade da pessoa humana.	21.10.11
AI651909	Joaquim Barbosa	Internação hospitalar	Nega provimento	a) o art. 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos; b) o Estado deve criar meios para prover serviços médicos-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas.	03.10.11
RE655554	Cármen Lúcia	Reforma e adequação do hospital e pronto socorro Municipal de Cuiabá	Nega seguimento	a) a análise da oportunidade e conveniência na implementação da reforma e das demais adequações da Unidade de Saúde em comento está na esfera de decisão do Gestor Público Municipal e não do Estado-Juiz, pois aquele é o agente público que reúne melhores condições para analisar o caso concreto e aferir se é oportuna e conveniente a referida implementação; b) não pode o Poder Judiciário deferir pleitos em face da Fazenda Pública em sede liminar, a exemplo do presente caso, que tenham repercussão orçamentária imediata, posto que são verdadeiras ordens para que se façam despesas públicas não previstas nas leis orçamentárias, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.	13.09.11
AI675275	Dias Toffoli	Cumprimento de	Nega seguimento	a) é possível ao Judiciário determinar políticas	17.08.11

		programas de saúde		públicas, quando o Estado for inadimplente , sem que haja ingerência no poder discricionário do Poder Executivo; b) distribuição de medicamentos e serviços gratuitamente às pessoas carentes.	
RE628293	Ricardo Lewandowski	Fornecimento de medicamento	Nega seguimento	a) o direito à saúde é constitucionalmente garantido; b) a reserva do possível está limitada pelo atendimento ao mínimo existencial; c) o direito à saúde é reconhecido como fundamental e de cunho positivo, não podendo o Estado, sob qualquer alegação, descumpri-lo	02.08.11
RE628345	Ricardo Lewandowski	Fornecimento de medicamento	Nega seguimento	a) o direito à saúde é constitucionalmente garantido; b) a reserva do possível está limitada pelo atendimento ao mínimo existencial; c) o direito à saúde é reconhecido como fundamental e de cunho positivo, não podendo o Estado, sob qualquer alegação, descumpri-lo	02.08.11
AC2839	Joaquim Barbosa	AVASTIN (degeneração da mácula e do polo posterior)	Nega seguimento à ação cautelar	A assistência farmacêutica por meio do SUS compreende os medicamentos essenciais (RENAME) e os medicamentos excepcionais constantes nas listas elaboradas pelo Ministério da Saúde. Em princípio, não tem a pessoa direito de exigir do Poder Público medicamento que não consta no rol das listas elaboradas pelo SUS, balizadas pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias.	07.06.11
RE576159	Teori Zavascki	Internação em hospital da rede privada às expensas do Município de Juiz de Fora/MG	Nega seguimento ao recurso do Município	a) não viola o princípio da separação dos Poderes a intervenção excepcional do Poder Judiciário nas políticas públicas do Poder Executivo com vistas à garantia de direitos constitucionalmente previstos; b) não pode o Poder Público, com base em questões orçamentárias, deixar de cumprir o dever de assegurar tais direitos.	10.04.14

RE583151	Teori Zavascki	Intervenção cirúrgica vascular	Nega seguimento ao recurso do Município de Porto Alegre/RS	a) não viola o princípio da separação dos Poderes a intervenção excepcional do Poder Judiciário nas políticas públicas do Poder Executivo com vistas à garantia de direitos constitucionalmente previstos; b) a responsabilidade é solidária entre os entes federativos.	10.04.14
ARE804681	Rosa Weber	Fornecimento de medicamentos	Nega provimento	a) o entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido da possibilidade de o Poder Judiciário determinar, em casos excepcionais, que o Poder Executivo adote medidas que viabilizem o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa ao art. 197 da Constituição Federal. b) nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário analisar a legalidade do ato administrativo quando o ente político descumpra os encargos a ele cometidos, de maneira a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal.	09.04.14
RE792513	Cármem Lúcia	Leflunomida e Hemax	Nega seguimento	União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigatoriedade solidária e subsidiária entre	03.04.14

				eles.	
RE776452	Dias Toffoli	Cirurgia para tratamento de aneurisma	Nega seguimento	Entende que o preceito do artigo 196 da Constituição Federal, antes de ser vulnerado, é devidamente cumprido com a prolação de decisões, como essa ora atacada, que impõem ao Estado o dever de fornecer aos necessitados os tratamentos médicos de que necessitam para sua sobrevivência.	07.04.14
RE786749	Dias Toffoli	Realização de procedimento cirúrgico para retirada de parafuso intra-articular do joelho do autor	Nega seguimento	<p>a) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que o julgamento, pelo Poder Judiciário, da legalidade dos atos dos demais poderes, não representa ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes. O direito à saúde é dever do Estado, sendo esse obrigado a fornecer os meios necessários ao tratamento médico de enfermos.</p> <p>b) o presente caso, as instâncias ordinárias atestaram a necessidade de realização do procedimento cirúrgico. Todavia, o Estado insiste na tese genérica de que o Poder Judiciário não pode se imiscuir em questões de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, sem, no entanto, trazer qualquer fundamento capaz de infirmar o que restou decidido. A chamada “discricionariedade da administração” não pode servir de supedâneo à interposição de recursos destituídos de qualquer efetividade e que somente agravam o descrédito do Sistema Único de Saúde (SUS). Tal proceder, sim, é afrontoso ao Princípio da Eficiência insculpido no art. 37 da Constituição Federal.</p> <p>c) é pacífica a jurisprudência desta Suprema Corte a respeito do tema. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal, antes de ser vulnerado, é devidamente cumprido com a prolação de decisões,</p>	03.04.14

				como a ora atacada, que impõem ao Estado o dever de fornecer aos necessitados os devidos tratamentos médicos necessários à preservação de suas saúdes.	
RE775133	Luis Roberto Barroso	Fraldas descartáveis para menor com bexiga neurogênica	Dá provimento	Não se pode vincular o direito à saúde apenas às situações em que se verifica grave e iminente risco de morte. Isso porque se infere das disposições constitucionais atinentes ao tema que a implementação de políticas públicas voltadas à saúde deve abranger todos os meios necessários à redução do risco de doença. Portanto, além de efetivar medidas voltadas à correção de distúrbios já constatados, é imperativa também a adoção de métodos destinados à prevenção de eventuais enfermidades e à manutenção das políticas previamente estabelecidas.	07.02.14
RE756149	Dias Toffoli	Fornecimento de medicamento	Nega seguimento	No caso concreto, restou demonstrado que a parte autora efetivamente necessita do(s) medicamento(s) pleiteado(s) – vide receituário anexado em 23.06.2009 (documento RECEIT4 do evento n. 01), firmados por médico(a) capacitado(a). Saliento que o fato de o SUS dispor de outros medicamentos similares para tratamento de artrose não pode, por si só, servir como fundamento para indeferir a pretensão da parte autora. Cada organismo reage de modo próprio a um determinado medicamento. Seus efeitos colaterais igualmente variam de indivíduo para indivíduo. Com certeza por isso mesmo o ‘Expert’ Judicial não endossou o entendimento da União de que seria possível a substituição do Artrolive por outros fornecidos pelo SUS, e sim expressou que é de responsabilidade do médico pessoal da autora estabelecer o medicamento mais apropriado”.	11.11.13

				preceito do artigo 196 da Constituição Federal, antes de ser vulnerado, é devidamente cumprido com a prolação de decisões, como essa ora atacada, que impõem ao Estado o dever de fornecer aos necessitados, medicamentos de que necessitam para sua sobrevivência.	
RE581352	Celso de Mello	Ampliação no atendimento de gestantes em maternidades estaduais	Dá provimento ao recurso MP/AM	<p>a) a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame;</p> <p>b) mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa. Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o Legislador Constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde;</p> <p>c) o administrador público está vinculado à</p>	24.09.13

				<p>Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração;</p> <p>d) a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade</p>	
RE 767347	Celso de Mello	Fornecimento de medicamento para taquicardia supraventricular	Recurso provido ao recorrente que requer o medicamento	<p>a) efetividade do art. 196 da CF/88;</p> <p>b) pessoa carente.</p>	23.09.13
AI 742734	Dias Toffoli	Hospital sem condições de prestar serviço eficaz à população	Nega provimento ao agravo do Estado do RJ	<p>a) quanto à separação dos poderes, a Carta Federal conferiu ao poder Judiciário a função precípua de controlar os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais, quando estes incidirem em abuso de poder ou desvios inconstitucionais.</p> <p>b) quanto ao pedido, o Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas</p>	12.08.13

				públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.	
RE706931	Ricardo Lewandowski	Fornecimento de medicamento	Nega seguimento	Obrigação de fornecer gratuitamente medicamentos a pessoas desprovidas de recursos. Apenas impõe o cumprimento de dispositivo constitucional.	15.05.13
RE706931	Ricardo Lewandowski	Fornecimento do medicamento Xalatan	Nega seguimento ao RE do Município de Uberlândia	O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.	08.03.13
RE722600	Celso de Mello	Paciente em coma (AVC Hemorrágico)	Nega seguimento	a) efetividade do art. 196 da CF/88; b) pessoa carente.	07.03.13

ANEXO IV – ARGUMENTOS EXPOSTOS EM DECISÕES COLEGIADAS DO STF (2009-2014)

Tabela n.º 5 – Decisões Colegiadas do STF (2009-2014) – Termos pesquisados: “políticas públicas” e “saúde”

Nº da Decisão	Ministro	Pedido	Decisão	Fundamentação	D.J
AgRg no AI 734.487	Ellen Gracie (segunda turma)	Impor ao Estado do PR a liberação de recursos financeiros, ampliação da unidade de terapia intensiva-adulta do HU de Londrina (mínimo de 10 leitos e adoção de medidas necessárias ao bom desenvolvimento do referido setor)	Nego provimento em desfavor ao Estado do PR	a) não há o que se falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas. Ressalte-se que o princípio da separação dos poderes não pode ser utilizado para obstar um direito social reconhecido pela CF/88; b) o primeiro dado a ser considerado é a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada, se existe programa governamental o Poder Judiciário apenas esta fazendo ele ser cumprido.	03.08.10
AgRg na STA 175	Gilmar Mendes (tribunal pleno)	Fornecimento do medicamento Zavesca (registrado na ANVISA)	Negar provimento ao agravo	Voto Min. Gilmar Mendes: Inicialmente faz digressões acerca da importância do tema da efetividade dos direitos fundamentais sociais, bem como seus aspectos orçamentários e do papel da Audiência Pública para estabelecer critérios ao controle judicial. a) o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte; b) se a prestação não estiver entre as políticas públicas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de	17.03.10

				<p>não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal de sua dispensação;</p> <p>c) o fármaco deve ter registro na ANVISA;</p> <p>d) existe motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, ocorrem duas situações: 1ª o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente e 2ª o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia;</p> <p>e) pode-se inferir que a obrigação do Estado restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde;</p> <p>f) deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente;</p> <p>g) é possível que o Judiciário ou a própria administração decidir a adoção de medida distinta da prevista na política, desde que comprovada a ineficácia do tratamento fornecido no seu caso;</p> <p>h) no caso de inexistência de tratamento na rede público, é necessário diferenciar entre tratamentos puramente experimentais dos tratamentos ainda não testados pelo SUS. A inexistência de protocolo clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema.</p> <p>Voto Min. Celso de Mello:</p> <p>a) o STF não deve desmerecer seu encargo de tornar efetivo os direitos econômicos, sociais e culturais, do contrário restarão comprometidas a integridade e a eficácia da CF/88;</p>	
--	--	--	--	---	--

				<p>b) o Estado não pode ser omissivo no adimplemento de prestações positivas impostas pela Constituição;</p> <p>c) o encargo de formular e implementar políticas públicas de saúde reside, prioritariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Excepcionalmente, caberá ao Poder Judiciário, em caso de descumprimento dos encargos político-jurídicos dos órgãos estatais competentes, comprometendo a integridade de direitos individuais ou coletivos de estatura constitucional;</p> <p>d) não se ignora que a realização dos direitos sociais dependem de vínculo financeiro e gradualidade, deve-se exigir o razoável do Estado;</p> <p>e) não pode o Poder Público criar obstáculo artificial que inviabilize a efetividade dos direitos prestacionais;</p> <p>f) a reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado para eximir-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade;</p> <p>g) adota concepção de direito subjetivo <i>prima facie</i>;</p>	
AgRg na Suspensão de Liminar 47	Gilmar Mendes (tribunal pleno)	Melhorias no atendimento no Hospital Dom Malan (Petrolina-PE)	Nega provimento ao agravo do Estado de PE	<p>Voto Min. Gilmar Mendes:</p> <p>Inicialmente faz digressões acerca da importância do tema da efetividade dos direitos fundamentais sociais, bem como seus aspectos orçamentários e do papel da Audiência Pública para estabelecer critérios ao controle judicial.</p> <p>a) o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte;</p>	17.03.10

				<p>b) se a prestação não estiver entre as políticas públicas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal de sua dispensação;</p> <p>c) o fármaco deve ter registro na ANVISA;</p> <p>d) existe motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, ocorrem duas situações: 1ª o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente e 2ª o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia;</p> <p>e) pode-se inferir que a obrigação do Estado restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde;</p> <p>f) deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente;</p> <p>g) é possível que o Judiciário ou a própria administração decidir a adoção de medida distinta da prevista na política, desde que comprovada a ineficácia do tratamento fornecido no seu caso;</p> <p>h) no caso de inexistência de tratamento na rede público, é necessário diferenciar entre tratamentos puramente experimentais dos tratamentos ainda não testados pelo SUS. A inexistência de protocolo clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema.</p> <p>Voto Min. Celso de Mello:</p>	
--	--	--	--	---	--

				<p>a) o STF não deve desmerecer seu encargo de tornar efetivo os direitos econômicos, sociais e culturais, do contrário restarão comprometidas a integridade e a eficácia da CF/88;</p> <p>b) o Estado não pode ser omissivo no adimplemento de prestações positivas impostas pela Constituição;</p> <p>c) o encargo de formular e implementar políticas públicas de saúde reside, prioritariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Excepcionalmente, caberá ao Poder Judiciário, em caso de descumprimento dos encargos político-jurídicos dos órgãos estatais competentes, comprometendo a integridade de direitos individuais ou coletivos de estatura constitucional;</p> <p>d) não se ignora que a realização dos direitos sociais dependem de vínculo financeiro e gradualidade, deve-se exigir o razoável do Estado;</p> <p>e) não pode o Poder Público criar obstáculo artificial que inviabilize a efetividade dos direitos prestacionais;</p> <p>f) a reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado para eximir-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade;</p> <p>g) adota concepção de direito subjetivo <i>prima facie</i>;</p>	
AgRg no RExt 607.381	Luiz Fux (primeira turma)	Fornecimento de medicamento (chamamento ao processo da União como medida protelatória)	Nega provimento	<p>a) o legislador constitucional não mediu esforços no sentido de conferir instrumentos suficientes no próprio texto da CF/88, para que os entes federativos, dentro da possibilidade e razoabilidade, possibilitem aos cidadãos brasileiros acesso a um sistema público de saúde de qualidade;</p>	31.05.11

				<p>b) o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, e quem procura a tutela estatal para receber medicamentos está, via de regra, padecendo de algum mal, que, dependendo do caso, poderá levar à diminuição da qualidade de vida ou até mesmo ao óbito do requerente;</p> <p>c) a questão deve ser sopesada com espírito de solidariedade, de forma a ser evitado o uso de medidas protelatórias, sem amparo em razões legítimas, aguardando, quem sabe, a ocorrência do pior, tornando desnecessário o fornecimento dos medicamentos pleiteados.</p>	
AgRg no REExt 665.764	Cármem Lúcia (primeira turma)	Pagamento de parcelas (pela União) à Santa Casa de Rio Grande referente às despesas hospitalares com os usuários do SUS	Nega provimento	<p>a) o Poder Judiciário poderá determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde desde que não haja inovação jurídica, para determinar que o Poder Executivo cumpra as políticas antes estabelecidas nos termos constitucionais;</p> <p>b) os medicamentos podem ser pleiteados a qualquer ente federativo, desde que demonstrada sua necessidade e impossibilidade de custeá-los;</p> <p>c) em relação ao “teto físico orçamentário”, os limites orçamentários foram extrapolados em razão do estrito cumprimento de normas infralegais: Portarias n.º 211 (2004) e n.º 54 (2006).</p>	20.03.12
AgRg no AI 809.018	Dias Toffoli (primeira turma)	ACP do MPE/SC requerendo a implementação de políticas públicas de saúde	Nega provimento ao agravo do Estado de SC	<p>a) o MP detém a legitimidade para requerer em Juízo a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela CF, como é o caso do acesso à saúde;</p> <p>b) o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode</p>	25.09.12

				determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes.	
AgRg no RExt 740.800	Cármen Lúcia (segunda turma)	Aumento de leitos na UTI do Hospital de Cachoeirinha no RS	Nega provimento ao pleito do Estado do RS	Refere-se ao AgRg na Suspensão de Liminar n.º 47, dizendo que a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.	03.12.13
AgRg no RExt 581.352	Celso de Mello (segunda turma)	ACP que tem por escopo impor obrigações de fazer consistentes em ampliar e melhorar o atendimento de gestantes em maternidades.	Negar provimento ao agravo do Estado do AM	<p>a) o STF não deve desmerecer seu encargo de tornar efetivo os direitos econômicos, sociais e culturais, do contrário restarão comprometidas a integridade e a eficácia da CF/88;</p> <p>b) o Estado não pode ser omissivo no adimplemento de prestações positivas impostas pela Constituição;</p> <p>c) o encargo de formular e implementar políticas públicas de saúde reside, prioritariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Excepcionalmente, caberá ao Poder Judiciário, em caso de descumprimento dos encargos político-jurídicos dos órgãos estatais competentes, comprometendo a integridade de direitos individuais ou coletivos de estatura constitucional;</p> <p>d) não se ignora que a realização dos direitos sociais dependem de vínculo financeiro e gradualidade, deve-se exigir o razoável do Estado;</p> <p>e) não pode o Poder Público criar obstáculo artificial que inviabilize a efetividade dos direitos prestacionais;</p>	19.10.13

				<p>f) a reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado para eximir-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade;</p> <p>g) adota concepção de direito subjetivo <i>prima facie</i>;</p>	
AgRg no RExt 642.536	Luiz Fux (primeira turma)	ACP sobre obrigação de fazer vinculada à Unidade Mista de Saúde Estadual, exigindo melhorias	Negar provimento em favor do Estado do AP	<p>a) o legislador constitucional não mediu esforços no sentido de conferir instrumentos suficientes no próprio texto da CF/88, para que os entes federativos, dentro da possibilidade e razoabilidade, possibilitem aos cidadãos brasileiros acesso a um sistema público de saúde de qualidade;</p> <p>b) o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, e quem procura a tutela estatal para receber medicamentos está, via de regra, padecendo de algum mal, que, dependendo do caso, poderá levar à diminuição da qualidade de vida ou até mesmo ao óbito do requerente;</p> <p>c) a questão deve ser sopesada com espírito de solidariedade, de forma a ser evitado o uso de medidas protelatórias, sem amparo em razões legítimas, aguardando, quem sabe, a ocorrência do pior, tornando desnecessário o fornecimento dos medicamentos pleiteados.</p>	05.02.13

ANEXO V – ARGUMENTOS EXPOSTOS EM DECISÕES DO STJ (2009-2014)

Tabela n.º 6 – Decisões do STJ (2009-2014) – Termos pesquisados: “políticas públicas” e “saúde”

Nº da Decisão	Ministro	Pedido	Decisão	Fundamentação	D.J
REsp811.608	Luiz Fux	ACP (MPF) para condenação da FUNAI à implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio	Nega provimento ao recurso da FUNAI	<p>a) o Poder Judiciário não pode se arrogar à função de administrador e passar a executar programas de governo, destituídos de meios materiais de execução. Ou seja, não pode extrapolar sua função jurisdicional, invadindo área executiva reservada a outro Poder;</p> <p>b) só restará caracterizada omissão jurídica relevante na implementação de um programa de saúde aos índios, quando o plano deixar de ser puramente ideal e passar a contar com uma estrutura material, inclusive com previsão orçamentária, hábil a torná-lo efetivo. Só nesse caso, a omissão do Executivo poderá ser suprida pelo Judiciário;</p> <p>c) deve ser assegurado um mínimo existencial, associado ao estabelecido em prioridades orçamentárias, sendo capaz de conviver com a reserva do possível;</p> <p>d) sobre a escassez de recursos, o intérprete deve levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar o seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a</p>	04.06.07

				forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição	
REsp 1.041.197	Humberto Martins	ACP para obrigar o fornecimento de equipamentos ao HU de Dourados	Nega provimento ao recurso do Estado de MS	<p>a) sobre o princípio da separação dos poderes, não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. A atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, pois isso violaria o princípio da separação dos poderes. No entanto, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada;</p> <p>b) sobre as limitações financeiras, são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. Não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos do ente público;</p> <p>c) a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, afinal de contas, este não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim um Poder que detém parcela da soberania nacional.</p>	16.09.09

<p>AgRg no REsp 1.136.549</p>	<p>Humberto Martins</p>	<p>Fornecimento de medicamentos especiais e excepcionais</p>	<p>Nega provimento ao agravo regimental em desfavor ao Município de Esteio</p>	<p>a) sobre o princípio da separação dos poderes, a ilicitude gerada pelo não cumprimento do dever da administração pública em implementar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais. Assim, pode-se dizer que o princípio da separação dos poderes [...] nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a correta interpretação do princípio da separação dos poderes, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei;</p> <p>b) sobre as limitações financeiras, são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. Não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos do ente público;</p> <p>c) a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente</p>	<p>21.06.10</p>
-------------------------------	-------------------------	--	--	--	-----------------

				pelo Poder Judiciário, afinal de contas, este não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim um Poder que detém parcela da soberania nacional.	
RMS 24.197	Luiz Fux	Interferon Peguilado Alfa-2a ou Alfa-2b e Ribavarina	Provido o recurso com voto divergente do Min. Teori Zavascki	<p>Voto Min. Luiz Fux:</p> <p>a) a ordem constitucional vigente consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas propiciar aos necessitados não “qualquer tratamento”, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento;</p> <p>b) os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais;</p> <p>c) a recusa de fornecimento do medicamento pleiteado em razão do recorrente ser portador de vírus com genótipo 3ª, quando a Portaria n.º 863/2002 do Ministério da Saúde exige que o medicamento seja fornecido apenas para portador com o genótipo 1 revela-se desarrazoada;</p> <p>d) refere-se aos critérios estabelecidos na STA 175 (STF).</p> <p>Voto-vista Min. Teori Zavascki:</p> <p>a) não existe, na Constituição, direito subjetivo individual de acesso universal, incondicional, gratuito e a qualquer custo a todo e qualquer meio de proteção à saúde, médico ou farmacêutico. O que a Constituição assegura, no art. 196, é direito à saúde (e correspondente dever do Estado) “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do</p>	24.08.10

				<p>risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”;</p> <p>b) ao Judiciário compete exercer o controle da juridicidade e do adequado cumprimento das políticas assim estabelecidas, bem como suprir sua inexistência ou insuficiência, se for o caso, com a garantia de prestação decorrente do direito a um mínimo existencial;</p> <p>c) no que se refere à assistência farmacêutica, não se pode ter como existente direito líquido e certo de obter do Estado, gratuitamente, o fornecimento de medicamento de alto custo que, além de não incluído nas listas próprias expedidas pelos órgãos de formulação da política nacional de medicamentos, é considerado pelos técnicos do Poder Público (Ministério da Saúde e órgãos colegiados do SUS) e pela opinião da comunidade médica como ineficaz para o tratamento da enfermidade, na situação apresentada pelo impetrante.</p>	
REsp 1.068.731	Herman Benjamin	ACP para a disponibilização de leitos clínicos e de UTI adulta, além da capacidade instalada em Hospital no Município de Cachoeirinha	Recurso provido (em favor do MPE)	<p>a) a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador;</p> <p>b) a falta de vagas em UTI's no Município viola, gravemente, o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, cuidando-se, pois, de direito difuso a ser protegido;</p> <p>c) em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na</p>	08.03.12

				<p>formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente;</p> <p>d) a reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar, por exemplo. A escusa da “limitação de recursos orçamentários” frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera de discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.</p>	
AgRg no REsp 93.857	Benedito Gonçalves	Fornecimento de medicamentos	Nega provimento em desfavor ao Estado do PR	Ausência de prequestionamento	23.03.12
AgRg no REsp	Herman Benjamin	Fornecimento de medicamentos	Nega provimento	a) trata-se de direito essencial, incluso no mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o	06.02.13

1.107.511				Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal; b) o funcionamento do SUS é de responsabilidade da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade <i>ad causam</i> para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.	
REsp 1.409.527	Humberto Martins	O Estado do RJ remova a autora em UTI móvel para hospital público de grande porte ou seja transferida para hospital particular às expensas do Poder Público	Dá provimento ao recurso especial	a) art. 24 da Lei n.º 8080/90, em caso subsidiário pode ser atendido pela rede particular; b) os arts. 196 e 198 da CF/88 asseguram a todos ações e serviços gratuitos por parte dos entes federativos e aos que deles precisarem, na medida de sua necessidade, como o direito à saúde, não obstante tenha a parte ou não plano ou seguro-saúde; c) a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.	08.10.13