

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

SABRINA PINHEIRO DOS PRASERES

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: UM CAMINHO
SEM VOLTA**

**BRASÍLIA,
JULHO 2014**

SABRINA PINHEIRO DOS PRASERES

Controle judicial de políticas públicas de saúde: Um caminho sem volta

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no Programa de Mestrado do Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Ney de Barros Bello Filho.

**BRASÍLIA,
JULHO 2014**

Sabrina Pinheiro dos Praseres

Controle judicial de políticas públicas de saúde: Um caminho sem volta

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no Programa de Mestrado do Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Ney de Barros Bello Filho.

Aprovada pelos membros da Banca examinadora em 28/08/2014.

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Pós-Dr. Ney de Barros Bello Filho.

Integrante: Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva (IDP)

Integrante: Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor (UNICEUB)

Aos meus porquês e “para quês”,
meus pais, Alvanir e Yara.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me concedido força para continuar essa pesquisa nos momentos mais difíceis.

As minhas tias, pelo constante incentivo.

Aos meus amigos e amigas que compreenderam a minha ausência. À colega do mestrado, e, hoje, grande amiga, Priscila Nascimento, por todos os livros emprestados, todas as dicas passadas, enfim pela parceria acadêmica. À Luciana Latini pela ajuda na elaboração do *Abstract*. À Adriana Gondim, por toda a solidariedade demonstrada.

Ao meu orientador Ney Bello pela parceria na elaboração dessa dissertação. Ao professor Otavio Luís Rodrigues pelas orientações iniciais. Ao professor Marcus Firmino Santiago pelas valiosas considerações acerca do meu trabalho.

Ao Procurador Geral do Estado de Pernambuco, Dr. Thiago Norões, à Procuradora Geral Adjunta, Bianca Avallone, ao Secretário Geral, Dr. Alexandre Auto, ao Corregedor Geral, Dr. César Caúla; à Chefia do Contencioso Cível, Dr. Antiógenes Viana, Dr. Fernando Farias, Dra. Inês Canavello, Dra. Luciana Roffé; À Gestora de Apoio Administrativo do Contencioso Cível, Dra. Isabel Almeida; aos colegas do Núcleo da Saúde, Dra. Catarina Ribeiro, Dra. Cristina Queiroz, Dr. Diego Freitas, Dr. Eduardo Prazeres, Dr. Felipe Mota, Dr. Manoel Santos, Dra. Rosana Feitosa, ao Chefe da IV Regional, Dr. Sérgio Santana, pelo apoio de sempre.

À Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco, nas pessoas de Dra. Giovana Andréa Gomes Ferreira e Dr. Diego Medeiros Guedes.

Aos servidores da biblioteca do Superior Tribunal de Justiça pela presteza e gentileza de sempre.

“Ninguém quer a morte, só saúde e sorte.”
Gonzaguinha

RESUMO

O Poder Judiciário Brasileiro vem exercendo de forma crescente o papel de concretizador do direito à proteção à saúde. Essa postura é legítima uma vez que compensa a inércia dos demais poderes no cumprimento das promessas constitucionais na área social. Diante da complexidade das demandas judiciais que envolvem prestações de saúde, em especial o fornecimento de medicamentos, são várias as facetas que devem ser analisadas quando o Judiciário é demandado para o exame de políticas públicas, eis que a sua atuação ilimitada e sem critérios pode levar a uma não concretização das regras e princípios constantes da Constituição Federal. A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy serve de marco teórico para o presente estudo por sua pertinência com o tema da pesquisa. Robert Alexy buscou harmonizar os argumentos favoráveis e contrários a direitos subjetivos a prestações sociais numa concepção baseada na ideia da ponderação entre princípios. Portanto, se de um lado tem-se o princípio da liberdade fática (ou liberdade real), do outro estão os princípios da competência decisória do Legislativo, o princípio da Separação dos Poderes e princípios materiais referentes à liberdade jurídica de terceiros, outros direitos sociais ou mesmo bens coletivos. Em face das críticas apresentadas à Judicialização de Saúde, como a falta de legitimidade democrática e capacidade institucional do Poder Judiciário, pretende-se oferecer parâmetros acerca das possibilidades e limites da intervenção judicial nas políticas públicas de saúde.

Palavras-chave: Direito à proteção da saúde. Direitos Fundamentais. Ponderação. Políticas Públicas. Assistência Farmacêutica. Judicialização. Legitimidade democrática. Efetividade. Equidade

ABSTRACT

The Brazilian Judiciary is increasingly performing an ensuring role regarding the right to protection of health. This is a legitimate stance, since it compensates the lethargy of the other branches in fulfilling social constitutional promises. Due to the complexity of lawsuits involving health matters, especially the ones concerning the provision of essential medicines, several aspects should be taken into consideration when the Judiciary is required to exam public policies, for its unlimited and unrestricted actions may lead to the non-compliance with the rules and principles of The Federal Constitution. Robert Alexy's book, *A Theory of Constitutional Rights*, is the theoretical framework for this study, owing to its relevance to the theme of the research. Robert Alexy pursued the harmony between arguments for and against subjective rights to social benefits based on the concept of the balancing of principles. Therefore, if one side represents the factual liberty principle (or true freedom), the other represents the Legislative branch decision-making competence principles, The Separation of Powers Principle and material principles related to third parties legal freedom, other social rights or even public assets. Considering all the criticism presented to the Judicialization of Health, such as the alleged lack of democratic legitimacy and institutional capacity of the Judiciary branch, the objective is to offer guidelines to possibilities and limits of legal interference in public health policies.

Key words: Right to protection of health. Fundamental rights. Balancing. Public Policies. Pharmaceutical Assistance. Judicialization. Democratic Legitimacy. Effectiveness. Equity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I. DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL ..	16
1.1. Direitos fundamentais e direitos humanos: Importância de uma delimitação terminológica	16
1.2. A institucionalização dos direitos fundamentais	19
1.2.1. Perspectiva histórica. Concepções doutrinárias que influenciaram a sedimentação dos direitos fundamentais	19
1.2.2. O processo de sedimentação dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo.....	22
1.3. Dimensões dos direitos fundamentais.....	25
1.4. Perspectivas dos direitos fundamentais.....	34
1.4.1. Perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais.....	35
1.4.2. Perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.....	37
1.5. Classificação dos direitos fundamentais de acordo com o conteúdo preponderante	41
1.6. O direito fundamental <i>completo</i> : teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy	43
1.7. Conceito e estrutura normativa dos direitos fundamentais	47
1.7.1. A problemática da delimitação conceitual dos direitos fundamentais	48
1.7.2. O conceito de norma de direito fundamental.....	50
1.7.3. A estrutura das normas de direito fundamental	52
1.7.3.1. Critérios tradicionais de distinção entre regras e princípios	53
1.7.3.2. Os princípios como mandados de otimização. Colisões entre princípios e conflitos entre regras.....	54
1.7.3.3. Objeções à teoria dos princípios	60
1.8. O direito à proteção da saúde e à vida e a teoria dos princípios.....	67
II. O DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.....	70
2.1. Os direitos a prestações em sentido amplo	71
2.2. Os direitos a prestações em sentido estrito (Direitos fundamentais sociais).....	72
2.2.1. A exigibilidade dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos ..	77

2.2.2. Um modelo de direitos fundamentais proposto por Alexy e o mínimo existencial.....	84
2.3. Contornos jurídicos do direito à proteção da saúde na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional.....	90
2.3.1. Titularidade do direito à proteção da saúde.....	105
2.3.2. O Financiamento do SUS.....	108
2.3.3. O direito à proteção da saúde e as ações de vigilância sanitária.....	111
2.4. Política Nacional de Medicamentos (PNM). Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF). Financiamento da Assistência Farmacêutica (AF).....	113
III. ESPAÇO DE ATUAÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE COM ENFOQUE NAS POLÍTICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS.....	123
3.1. O princípio da separação dos poderes e controle Jurisdicional.....	123
3.2. Políticas Públicas.....	129
3.3. Atuação da Administração Pública e os novos paradigmas.....	134
3.4. Restrição dos Direitos Fundamentais.....	148
3.4.1. Restrição dos direitos fundamentais e teoria dos princípios.....	149
3.5. O papel do Poder Judiciário no estado democrático de direito.....	156
3.6. Os conflitos protagonizados pelo direito à proteção da saúde.....	170
3.6.1. Direito à proteção da saúde de uns versus direito à proteção da saúde de outros.....	170
3.6.2. Direito à proteção da saúde versus outros direitos sociais.....	177
3.6.3. Direito à proteção da saúde versus princípios financeiros.....	179
3.7. Escassez, a reserva do possível e os custos médicos.....	182
3.7.1. Escassez de recursos, princípio do resgate e princípio do seguro prudente ideal (Dworkin).....	185
3.8. Decisões judiciais envolvendo o direito à proteção da saúde, em especial as referentes à concessão de medicamentos. Como vêm decidindo os juízes?.....	189
3.9. Aspectos a serem considerados na atuação judicial em demandas que postulam a concessão de medicamentos pelo Poder Público.....	199
CONCLUSÃO.....	207
REFERÊNCIAS.....	212

INTRODUÇÃO

No Brasil, o direito fundamental de proteção à saúde “nasceu” com a Constituição Federal de 1988, já que nesta foi incorporado ao catálogo de direitos fundamentais. O direito à proteção da saúde foi elencado no art. 6º da Constituição Federal de 1988 como um direito social.

A Carta Magna não faz diferença entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º CF/88). Portanto, os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 ainda trata da “Saúde” no título VIII - Da ordem social (Art. 196 a 200). Estabelece, no art. 196, que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, o qual deverá ser “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 e recuperação”. No art. 198 institui o Sistema Único de Saúde – SUS- expõe suas diretrizes e critérios (descentralização, prioridade preventiva e participação da comunidade).

Do texto constitucional extrai-se a co-titularidade do direito à proteção da saúde, ou seja, a esfera coletiva e difusa coexiste com a individual; um direito subjetivo público assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação de saúde; preferência pelas ações preventivas e a participação da comunidade, em razão da importância de se buscar os anseios de seus destinatários sobre a definição das prestações de saúde a serem disponibilizadas, tendo em vista a limitação dos recursos disponíveis.

A concretização do direito à proteção da saúde, como se sabe, implica distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos. Ou seja,

diante da escassez, garantir prestações a alguns necessariamente significa retirar recursos do “bolo” que serve aos demais.

Os direitos sociais são frutos da concepção social do Estado, concebidos para minimizar as desigualdades de fato na sociedade. Pode-se afirmar, que nos direitos de segunda dimensão, o homem que constitui o ponto de partida e o titular dos direitos é o homem socialmente “situado” e “inserido” em uma comunidade.

Sustenta-se que o direito à proteção à saúde como direito fundamental social enquadra-se na categoria normativa de princípio, isto é, em uma norma que tem como conteúdo um mandado de otimização de um dado valor num ordenamento jurídico, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy serve de marco teórico do presente estudo por sua pertinência com o tema da pesquisa, bem como por sua originalidade. Alexy buscou harmonizar os argumentos favoráveis e contrários a direitos subjetivos a prestações sociais numa concepção baseada na ideia da ponderação entre princípios. Portanto, se de um lado tem-se o princípio da liberdade fática (ou liberdade real), do outro estão os princípios da competência decisória do Legislativo, o princípio da Separação dos Poderes e princípios materiais referentes à liberdade jurídica de terceiros, outros direitos sociais ou mesmo bens coletivos.

No Brasil, o reconhecimento da aplicabilidade imediata do direito fundamental à proteção da saúde por meio de comandos judiciais que determinam ao Poder Público o fornecimento de prestações materiais tem viabilizado a intervenção do Poder Judiciário na esfera de atribuições que competem aos demais Poderes relativas à condução das políticas públicas.

A judicialização da saúde tem gerado impactos econômicos significativos nas finanças públicas. O gasto público com medicamentos determinados via judicial tem crescido muito e os seus valores são exorbitantes. A União prevê gasto de R\$ 3,9 bilhões com ações de medicamento¹.

¹ O Jornal Valor Econômico publicou reportagem intitulada “A União prevê gasto de R\$ 3,9 bi com ações de medicamentos” informando que “Só para o governo federal, o impacto de uma derrota em todos os processos seria de R\$ 3,93 bilhões o equivalente a 4% do orçamento deste ano do

O Ministro Gilmar Mendes destacou que o estudo do direito à proteção da saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à ausência de legislação específica. Em outras palavras, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

Desse modo, diante das falhas reveladas na realidade cotidiana da concretização do direito à proteção da saúde, o Poder Judiciário tem sido cada vez mais chamado a conferir eficácia a esse direito.

A despeito de não se duvidar que o escopo precípua da atuação da maioria dos julgadores em demandas que postulam prestação de saúde, mormente concessão de medicamentos, seja a efetivação do direito à proteção da saúde, nota-se que, da forma como essa atuação vem ocorrendo, tem afetado seriamente a equidade do sistema. As principais críticas direcionadas à Judicialização da Saúde apontadas pela doutrina são: (1) as injustiças distributivas geradas por essas ações; (2) a legitimidade do Poder Judiciário para determinar gastos públicos em matéria de políticas públicas e (3) a falta de informações e conhecimentos técnicos para realizar esta tarefa.

Ministério da Saúde (cerca de R\$ 106 bilhões). O valor está no anexo “Riscos fiscais” da lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) – Lei nº 12.919, de dezembro de 2013. (...) No Rio de Janeiro, só em 2013, a Secretaria Estadual de Saúde gastou R\$ 31, 8 milhões para o cumprimento de decisões judiciais sobre remédios. Entram, em média, cerca de 40 ações sobre saúde por dia no Estado – 20 delas referentes a medicamentos. Em todo o país, de acordo com a Advocacia Geral da União (AGU) foram proferidas no ano passado aproximadamente 18 mil decisões – incluindo tratamentos de saúde – que têm como parte o governo federal. Em 40% dos processos judiciais, a busca é por medicamentos de última geração, muitos dos quais ainda não foram registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Em 2013, de acordo com o coordenador judicial de saúde pública da Procuradoria Geral do Estado (PGE) de São Paulo, ingressaram contra o Estado 25,7 mil ações para a obtenção de medicamentos e tratamentos de saúde. No ano anterior, 23,2 mil. (...) O governo federal tem incorporado à lista do Sistema Único de Saúde (SUS) medicamentos solicitados em ações judiciais. Dos 18 remédios mais pedidos em 2012(último levantamento disponível), seis passaram a ser distribuídos à população. São para tratamento de câncer de mama (dois deles), artrite reumatoide, doença de Gaucher (raro distúrbio metabólico hereditário), câncer de pulmão e hipertensão arterial pulmonar. Naquele ano, o Ministério da Saúde gastou R\$ 278,9 milhões para aquisição desses 18 medicamentos para 523 pacientes, o equivalente a 78% do gasto total com a judicialização (R\$ 355,8 milhões). Entre 2010 e 2012, a União ampliou consideravelmente a lista de medicamentos oferecidos pelo SUS, que passou de 550 para 810 itens. Disponível em [<http://www.valor.com.br/legislacao/3517192/uniao-preve-gasto-de-r-39-bi-com-aco-es-de-medicamentos>]. Acesso em 15 de abril de 2014.

Entende-se que tais críticas à judicialização da saúde são úteis para se pensar em mecanismos para reorientar os resultados da atuação judicial à materialização equânime do direito à proteção da saúde. Desse modo, proceder-se-á a análise dos argumentos contrários à judicialização da saúde com o fito de verificar se tais argumentos são capazes de justificar uma postura totalmente inerte do Poder Judiciário diante das demandas alusivas ao direito social à proteção da saúde.

Desse modo, indaga-se qual o papel constitucionalmente adequado a ser desempenhado pelo Poder Judiciário no controle de políticas públicas de saúde, e mais especificamente de políticas de assistência farmacêutica? Qual a legitimidade que teria o Poder Judiciário em alterar a decisão de incorporação de tecnologia, quando, para sua tomada de decisão, no âmbito administrativo, houve a participação da comunidade científica e de todos os interessados?

No tocante à interpretação do direito à proteção da saúde, que está intrinsecamente relacionado com o direito à assistência farmacêutica, percebe-se um entendimento dominante no sentido da fundamentalidade do direito à proteção da saúde, percebido como um direito quase absoluto, portanto, superior a qualquer regra ou princípio constitucional, destacando-se a preservação dos direitos subjetivos individuais, adotando-se, desse modo, uma visão substancialista da Constituição.

De outra banda, em um número mais reduzido, aparecem os formalistas ou procedimentalistas que defendem que o Estado de Direito está fulcrado na separação dos poderes, respeito à lei, controle jurídico da atividade administrativa e, principalmente, na participação ativa do cidadão, ou seja, a dinâmica da cidadania não consiste em um rol de valores, direitos e deveres estabelecidos na Constituição, mas na participação do cidadão nos processos deliberativos de construção de decisões públicas. Este último aspecto foi intensamente destacado na reforma sanitária brasileira e delineado na Constituição Federal de 1988 (Art. 198), ressaltando a força dos cidadãos para definir suas prioridades na área da saúde, bem como controlar e fiscalizar os serviços e recursos financeiros através dos conselhos e conferências de saúde.

De algum modo, seria possível a conciliação dessas correntes na atividade judicial de controle de políticas públicas, aqui no caso específico, de políticas públicas de assistência farmacêutica?

A discussão do tema está relacionada à interpretação de alguns dispositivos constitucionais específicos, notadamente daqueles que tratam do princípio da separação dos poderes, da igualdade, do direito à vida, da eficácia imediata dos direitos fundamentais. Também tem estreita relação com o princípio democrático, que se expressa na ideia de soberania popular, na disposição expressa do parágrafo único do art. 1º da Carta Política.

Diante da complexidade das demandas judiciais que envolvem o fornecimento de fármacos, são várias as facetas que devem ser analisadas quando o Judiciário é demandado para o exame de políticas públicas, eis que a sua atuação ilimitada e sem critérios pode levar a uma não concretização das regras e princípios constantes da Carta Constitucional.

Sustenta-se, nessa pesquisa, uma posição intermediária entre as posições radicais que negam em absoluto a atuação do Poder Judiciário e as que sustentam a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação de saúde. Busca-se o alcance da conciliação entre a efetividade das disposições constitucionais e a equidade do sistema.

Pretende-se demonstrar a necessidade de abertura do Poder Judiciário para os mecanismos de diálogo, eis que além de propiciar troca de informações que levariam a decisões mais fundamentadas em demandas que postulam prestações de saúde, haveria também uma maior participação dos interessados nas consequências da decisão. Isso levaria uma reorientação do Poder Judiciário a ser um aliado na materialização equânime do direito à proteção da saúde.

Este trabalho é fruto de uma pesquisa dogmática, utilizando-se basicamente de pesquisa bibliográfica, na qual realizou-se o estudo de vários doutrinadores, seja por meio de livros ou artigos, bem como foi objeto de análise a legislação e jurisprudência sobre o tema. No primeiro capítulo, apresenta-se a ideia de direito fundamental; perspectiva histórica; as concepções doutrinárias que influenciaram a

sedimentação dos direitos fundamentais; as dimensões dos direitos fundamentais, contextualizando o direito à proteção da saúde na esfera dos direitos da segunda dimensão; as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, que não se excluem, mas se complementam; a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, o direito fundamental completo; o conceito e estrutura normativa dos direitos fundamentais; e por fim, analisa-se o direito à proteção da saúde, à vida e a teoria dos princípios.

No segundo capítulo, o direito à proteção da saúde é enquadrado na divisão tripla dos direitos a prestações proposta por Alexy, como direito a prestação em sentido estrito. Nesse capítulo, apresenta-se diversas posições dos doutrinadores quanto à fundamentalidade dos direitos sociais. Reconhece-se a falta de consenso sobre a falta metodológica de conceituar as políticas públicas. Apresenta-se a cotitularidade do direito à proteção da saúde, ou seja, a esfera coletiva e difusa coexiste com a individual. Expõe-se o delineamento do direito à proteção da saúde na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional. São apresentadas a Política Nacional de Medicamento (PNM), Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) e o Financiamento da Assistência Farmacêutica (AF).

Por fim, no terceiro e último capítulo, discute-se o controle de políticas públicas de assistência farmacêutica pelo Poder Judiciário; apresenta-se o espaço da atuação administrativa e os seus novos paradigmas; discorre-se sobre o princípio da separação dos poderes e sua compreensão no contexto do Estado Social. Analisa-se o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. São abordados os conflitos em que o direito à proteção da saúde pode figurar. Trata-se da questão da escassez e a Teoria de Dworkin acerca do seguro prudente. Sustenta-se a necessidade de uma abordagem dialógica com o escopo de reorientar a atuação judicial no sentido de materialização equânime do direito à proteção da saúde, bem como a necessidade de se preferir as ações que viabilizem decisões com eficácia erga omnes. Foi procedida também a análise de jurisprudência relacionadas ao direito à proteção da saúde, com enfoque nas decisões que determinam o fornecimento de fármacos pelos entes públicos.

I. DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais consistem em construção definitivamente incorporada ao patrimônio comum da humanidade. Tal fato se constata do longo caminho percorrido até a consagração nos direitos internacional e constitucional. É raro um Estado que não tenha anuído a algum dos pactos internacionais sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido pelo menos um núcleo de direitos fundamentais nas suas Constituições. Esse avanço universal dos direitos fundamentais de modo algum exclui sejam diferenças materiais, sejam diferenças em sua concepção ou em suas garantias. A validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. Com efeito, o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de inúmeros fatores extrajurídicos, como a cultura, a história dos povos.

A consagração constitucional de um direito fundamental à proteção da saúde, juntamente com a positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais pode ser apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1.1. Direitos fundamentais e direitos humanos: Importância de uma delimitação terminológica

A expressão “direitos fundamentais” tem origem na Constituição Alemã aprovada na Igreja de São Paulo em Francoforte, em 1848. Nos termos do disposto no seu artigo IV/§25, procedeu-se ao estabelecimento de um catálogo dos “direitos fundamentais do Povo alemão” (Grundrechte des deutschen Volkes). O qualificativo

“fundamentais” destinava-se a sublinhar o caráter de “reconhecimento” e não da “criação” de direitos por parte do Estado².

Cabe ressaltar, todavia, que não há na literatura jurídica um consenso quanto ao uso da terminologia “direitos fundamentais”, pois também são utilizadas como sinônimos as expressões: “direitos humanos” ou “direitos do homem”. Estas expressões são comumente mais empregadas entre os autores anglo-americanos e latinos, em coerência com a tradição e a história, enquanto a expressão “direitos fundamentais” parece ser a eleita dos publicistas alemães³ Assim, indaga Bonavides “podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?⁴”.

A esse respeito, António-Enrique Perez Luno:

Los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se há hecho hincapié en la propension doctrinal e normativa a reserva el término “derechos fundamentales” para designar los derechos positivados a nível interno, em tanto la formula “derechos humanos” seria la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigências básicas relacionadas com la dignidade, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado en estatuto jurídico positivo⁵.

No mesmo caminho, Sarlet ressalta a importância da distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, afirmando que não se trata de mera querela acadêmica entre teóricos que não têm mais o que fazer, eis que de tal questão pode-se extrair consequências de ordem prática (especialmente no que

² QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2009. p. 365.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 560.

⁴ *Ibid.*, p. 560.

⁵ “As expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são utilizados, muitas vezes, como sinônimos. No entanto, não têm faltado tentativas doutrinárias direcionadas a explicar o respectivo alcance de ambas as expressões. Observa-se uma propensão doutrinária e normativa de se reservar o termo “direito fundamentais” para designar os direitos positivados a nível nacional, enquanto a expressão “direitos humanos” seria a mais usual para denominar os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como para aquelas exigências básicas relacionais com a dignidade, a liberdade e a igualdade da pessoa que não alcançou um estatuto jurídico positivo”, Cf. LUÑO, António-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 5.ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 1993. p. 44, tradução nossa.

diz com a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais e/ou direitos humanos). Desse modo, o autor apresenta a seguinte distinção:

o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal de todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)⁶.

Desta feita, faz-se a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais calcada no critério do seu plano de positivação. Isto é, os direitos fundamentais na condição de direitos constitucionais e sujeitos ao duplo regime da fundamentalidade formal e material e direitos humanos como direitos positivados no plano internacional. Os últimos apesar de positivados por documentos internacionais suscitam questionamentos acerca da sua eficácia e efetiva proteção⁷.

Reconhecer a distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não implica desconsiderar a estreita relação entre ambos, não só pelo fato de que os direitos fundamentais sempre serão direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, mas também em virtude de que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que a sucederam⁸.

Tratar-se-á no presente estudo de considerações acerca do regime jurídico-constitucional do direito à proteção da saúde, todavia, não se pode deixar de

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 29.

⁷ *Ibid.*, p. 30.

⁸ *Ibid.*, p. 32.

destacar as normas internacionais que passam a dialogar com o sistema constitucional pátrio⁹.

Outras denominações também são utilizadas para se referir aos direitos fundamentais (pela doutrina, pela jurisprudência e até mesmo nos textos legais positivados) tais como direitos subjetivos públicos, direitos individuais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem¹⁰.

1.2. A institucionalização dos direitos fundamentais

Para um adequado entendimento da relevância e da função dos direitos fundamentais, bem como a necessidade de se posicionar no tempo e no espaço, far-se-á uma breve abordagem acerca do processo histórico que culminou com a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias.

1.2.1. Perspectiva histórica. Concepções doutrinárias que influenciaram a sedimentação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais assumem papel relevante na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo

⁹ Sarlet traz uma listagem exemplificativa: “Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH/ONU), de 1948, arts. 22 e 25 (direitos à segurança social e a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa); Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, art. 12 (direito ao mais alto nível possível de saúde); Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como “Pacto de São José da Costa Rica”, arts. 4º e 5º (direitos à vida e à integridade física e pessoal); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o denominado “Protocolo de São Salvador”, art. 10 (direito à saúde); Declaração de Alma-Ata, de 1978, item I (a realização do mais alto nível possível de saúde depende da atuação de diversos setores sociais e econômicos, para além do setor da saúde propriamente dito)”, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor* n.67, 2008. p. 125-172.

¹⁰ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 27.

tem, primeiro, direitos, e depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam com o escopo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos¹¹. Ou seja, o homem passou a ser o centro da vida em sociedade; tem-se a majestade da pessoa humana, expressão utilizada por Bonavides¹².

Aduz Vieira de Andrade que foi numa perspectiva filosófica que começaram por existir os direitos fundamentais, ou seja, antes de serem um instituto no ordenamento positivo ou na prática jurídica das sociedades políticas, foram uma ideia no pensamento dos homens¹³. De fato, os valores da dignidade humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente a greco-romana, e no pensamento cristão¹⁴. Essa fase foi chamada de pré-história dos direitos fundamentais que se estende até o século XVI¹⁵.

O Cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, em especial durante a Idade Média¹⁶. Isto é, trouxe a ideia de todos os homens iguais em dignidade, sem distinção de raça, cor ou cultura.

Nessa época, destaca-se o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que professava além das já referidas concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus e o valor fundamental da dignidade humana, a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, aduzindo que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população¹⁷.

A despeito de marcar decisivamente a origem dos direitos fundamentais, o pensamento humanista da modernidade cristã não é ainda capaz de gerar a ideia de

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 210.

¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 15.

¹⁴ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 38.

¹⁵ Ibid., p. 37.

¹⁶ ANDRADE, J.C.V., op. cit., p. 17.

¹⁷ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 38.

direitos humanos fundamentais no sentido hodierno¹⁸. Ainda faltava o indivíduo autodeterminado e autoresponsável, “que assumisse a sua autonomia moral no “livre-exame” e sua vontade política no pacto social¹⁹”.

No século XVII, Hobbes, um dos principais teóricos do absolutismo, no *Leviatã*, e Locke, no Segundo Tratado do governo civil, desenvolveram a concepção de que a própria sociedade se funda num pacto, num acordo tácito entre os Homens. Tal ideia também foi disseminada por Rousseau às vésperas da Revolução Francesa, no *Contrato social*. Porém, não há coincidência de seus ensinamentos no tocante à razão determinante de tal pacto, nem em relação às suas cláusulas. Extrai-se dessas lições, consoante Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que “o poder decorre da vontade dos homens e tem um estatuto fixado por estes. Estatuto que se impõe aos governantes e visa a assegurar a paz (único objetivo para Hobbes) e os direitos naturais (objetivo principal para Locke e Rousseau)²⁰”.

Assim, a afirmação histórica dos direitos fundamentais vem a ocorrer no contexto do iluminismo, a ideologia revolucionária do século XVIII. No pensamento iluminista destaca Manoel Gonçalves de Ferreira Filho cinco ideias-força, que se exprimem pelas noções de Indivíduo, Razão, Natureza, Felicidade e Progresso²¹.

Destaca-se a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704) que foi o primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive aos detentores de poder, bem como foi o responsável por desenvolver ainda mais a concepção contratual de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua *razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade- liberdade se funda na*

¹⁸ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 17.

¹⁹ ANDRADE, J.C.V., op. cit., p. 18.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

²¹ “De fato, ela concebe o homem como indivíduo, ou seja, como ser individualizado, com vida e direitos próprios, que não se confunde com a coletividade, nem se funda nesta. Este indivíduo é eminentemente racional, determina sua vontade por uma razão que não aceita senão o que lhe pode ser demonstrado. Razão, portanto, que rejeita o preconceito, isto é, tudo aquilo que não pode ser explicado objetivamente. Tal indivíduo racional vive num mundo governado em última instância por uma natureza boa e previdente. Desta natureza resultam leis (naturais) que conduzem à melhor das situações possíveis, desde que não embaraçadas. Visam à felicidade que é o objetivo do homem. Objetivo a ser realizado na Terra e não no Céu como era o caso da salvação eterna, meta proposta para o homem pelo Cristianismo. Enfim, o otimismo quanto ao futuro, pois o homem, sua condição de vida, seus conhecimentos, sempre estão em aperfeiçoamento, em progresso”, Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32-33.

autovinculação dos governados, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal²².

Kant, citado por Bobbio, define a liberdade numa passagem da *Paz perpétua* “A liberdade jurídica é a faculdade de só obedecer as leis externas às quais pude dar o meu assentamento²³”.

Afirma-se, portanto, a primazia do indivíduo sobre o Estado e a sociedade, construídos estes contratualmente fulcrado na liberdade política e nas liberdades individuais, e assim se define a possibilidade de realização jurídica dos direitos do homem, delineando o sentido da mudança, cujos marcos históricos mais relevantes viriam a ser as Revoluções Americana e Francesa²⁴.

As Revoluções Americana e Francesa, bem como as Declarações e Constituições que delas derivam, são fruto dessa ideia de um homem racional, emancipado e livre para decidir seu próprio destino.

1.2.2. O processo de sedimentação dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo

No final da idade média surgiram pactos, celebrados entre reis e determinados estamentos sociais superiores que reconheciam aos integrantes desses estamentos, certos direitos e prerrogativas, assentando limitações jurídicas ao exercício do poder político. Entre eles, destaca-se, na Inglaterra, a *Magna Charta Libertatum* (Carta das liberdades), pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses.

²² SARLET, I.W., op.cit., 2011. p. 40.

²³ BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 80.

²⁴ ANDRADE, J.C.V., op. cit., p. 18.

A despeito disso de sua importância para o posterior desenvolvimento dos direitos fundamentais nas Constituições, a referida carta de 1215 não continha direitos fundamentais, tais como os entendemos hodiernamente, visto que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, tratando-se de direitos de matiz estamental, concedidos a determinadas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval. Faltava a esse pacto, assim, a universalidade que caracteriza as constituições modernas, uma vez que eles não reconheciam direitos extensivos a todos os cidadãos.

Também reputa-se de grande relevância para a formação dos direitos fundamentais a Reforma Protestante, na Europa, que culminou com o gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto; como também contribuiu na consolidação dos modernos Estados nacionais e do absolutismo monárquico, por sua vez precondição para as revoluções burguesas do século XVIII; sem falar dos reflexos na esfera do pensamento filosófico, tendo como consequência a laicização da doutrina do direito natural e a elaboração teórica do individualismo liberal burguês²⁵.

No século XVII, surgem alguns documentos como enunciações gerais, embora de direito costumeiro, nomeadamente, a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, assinado por Carlos II e o *Bill of Rights Act*, de 1689, subscrito por Guilherme d'Orange e onde se consagram o direito de petição, a proibição dos tribunais de exceção e de penas cruéis e até uma relativa liberdade de expressão (parlamentar)²⁶. Observa-se, assim, tanto uma expressiva ampliação referente ao conteúdo das liberdades reconhecidas, como a extensão da sua titularidade a todos os cidadãos ingleses.

Mas, ainda assim, não se pode considerar essa positivação de direitos e liberdades civil na Inglaterra como o nascimento dos direitos fundamentais do modo como os compreendemos hoje. Isso porque esses direitos e liberdades mesmo limitando o poder monárquico não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, de supremacia e estabilidade.

²⁵ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 42.

²⁶ ANDRADE, J.C.V., op. cit., p. 21.

Esses “direitos dos ingleses” são transplantados para os territórios coloniais e vão aí frutificar na Revolução Americana como direitos do homem. As Declarações de Direitos dos Estados, as primeiras são as de Virgínia, Pensilvânia e Maryland, todas de 1776²⁷. Aqui, sim, já se pode falar de tipificação positiva completa dos direitos fundamentais com força constitucional, visto que possuíam as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, dessa forma, todos os poderes públicos, consoante as lições de Sarlet²⁸. Este autor ainda ressalta que o *status* constitucional da fundamentalidade em sentido formal foi definitivamente consagrado apenas a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa²⁹.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada pela Assembleia Nacional, em 26 de agosto de 1789, na França, marca o fim de uma época e o início de outra. Antes da Revolução tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalidade, fruto de contradição já superada. Depois da Revolução, surge outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia liberalismo³⁰.

Cabe, aqui, registrar as lições de Georges Lefebvre, um grande historiador da Revolução Francesa, citado por Bobbio, que escreveu: “Proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania representa o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução³¹”.

A relação entre as Revolução Americana e Francesa tem sido exhaustivamente discutida nos últimos dois séculos. Um dos pontos em comum entre as duas é a profunda inspiração jusnaturalista, tendo em vista que ambas reconheciam a todos os homens direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis³².

²⁷ ANDRADE, J.C.V., op. cit., p. 21.

²⁸ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 43.

²⁹ Ibid., p. 43.

³⁰ BONAVIDES, P., op. cit., 1996. p. 54-55.

³¹ BOBBIO, N., op. cit., 2004. p. 79.

³² SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 44.

É indiscutível, outrossim, a influência das declarações americanas, cronologicamente anteriores, na Declaração de 1789, bem como a da doutrina iluminista francesa, especialmente de Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, o que teve como consequência a consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes³³.

No tocante às principais diferenças entre a Declaração de 1789 e as cartas americanas, sustenta-se que o maior conteúdo democrático e social das declarações francesas é o que caracteriza a “via” francesa do processo revolucionário e constitucional³⁴.

Também costuma-se destacar, como faz Bonavides citando Boutmy, a abstração e aspiração universal da Declaração francesa e dos direitos nela previstos, eis que tinha por destinatário o gênero humano, enquanto que as declarações antecedentes de ingleses e americanos se dirigiam a uma camada social privilegiada (barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas. Atribui-se, todavia, a estas uma maior concretude³⁵.

Bonavides registra que o lema revolucionário do século XVIII, delineado pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade³⁶.

1.3. Dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, segundo doutrina majoritária, a partir do seu elemento histórico, sofrem tríplice classificação: a) direitos fundamentais de primeira

³³ SARLET, I.W., op. cit., 2011. 44.

³⁴ Ibid., p. 44.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 562.

³⁶ Ibid., p. 562.

dimensão; b) direitos fundamentais de segunda dimensão; c) direitos fundamentais de terceira dimensão.

Utiliza-se, nesse estudo, a expressão “dimensões” ao invés de “gerações”, tendo em vista que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra³⁷. Aqui, reside uma das críticas a teoria geracional, que utiliza a evolução histórica como elemento essencial à própria caracterização e individuação dos direitos fundamentais³⁸.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais abarca os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa, que refletem o pensamento individualista do liberalismo burguês, ou seja, quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse³⁹.

Nessa esteira, em defesa do Estado liberal puro, Kant citado por Bobbio, escreveu que a sua meta é permitir que a liberdade de cada um possa expressar-se com base numa lei universal racional, rechaçou o Estado eudemonológico, um Estado que pretendia incluir entre as suas tarefas a de fazer os súditos felizes, já que a verdadeira finalidade do Estado deve ser apenas dar aos súditos tanta liberdade que lhes permita buscar, cada um deles, a seu modo, a sua própria felicidade⁴⁰.

Vieira de Andrade nos traz a essência do lema da construção liberal da sociedade política nos fins do século XVIII, qual seja, *liberdade, segurança e propriedade*⁴¹. Desta feita, acerca da concepção liberal originária explicita o referido autor que os direitos fundamentais aparecem como liberdades, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder. O indivíduo é o ponto de partida. Nessa

³⁷ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 45.

³⁸ A nomenclatura que lhe é atribuída é uma das críticas à teoria geracional, uma vez que o fenômeno que se observa com os direitos fundamentais é o da acumulação histórica, e não de sucessão, Cf. SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 102.

³⁹ BONAVIDES, P., op. cit., 1996. p. 60.

⁴⁰ BOBBIO, N., op. cit., 2004. p. 79.

⁴¹ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p. 53.

época, exigia-se o atomismo e a mobilidade dos intervenientes, não se admitindo arranjos moleculares de interesses parciais; pois promoviam interesses egoísticos, opressores da verdadeira liberdade. A propriedade era vista como garantia de liberdade. A segurança, por sua vez, constituía o pressuposto da liberdade, o Estado tinha de existir para desempenhar suas missões básicas, sintetizadas na garantia da defesa e da segurança da nação e dos cidadãos.

Assim, os direitos de primeira dimensão são também chamados de direitos de liberdade, que nascem com a marcada noção individualista, ou seja, o titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado⁴².

Geralmente os direitos de primeira dimensão são associados ao *status negativus* da teoria de Jellinek⁴³, ou seja, a circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos Poderes Públicos. Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvincilhado do Império do Estado⁴⁴.

Jairo Schäfer aponta as seguintes características dos direitos fundamentais de primeira geração “a) direito-chave: liberdade; b) função do Estado: omissão; c) eficácia vinculativa principal da norma: Estado; d) espécie de direito tutelado: individual; e) concepção política do Estado: liberal⁴⁵”.

Podem ser citados como direitos característicos da primeira dimensão: vida, liberdade e patrimônio⁴⁶. Há ainda quem inclua nesse rol o direito de igualdade, entendido, todavia, como igualdade formal (perante a lei)⁴⁷.

⁴² BONAVIDES, P., op. cit., 2011. p.563-564.

⁴³ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.47 aduz que “são apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos”. Também assim entende BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 564 afirma que “entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado”.

⁴⁴ MENDES, G. F., BRANCO, P. G. G., op. cit., 2011. p.177-178.

⁴⁵ SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 35.

⁴⁶ Ibid., p.35.

⁴⁷ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 47.

Com efeito, o Constitucionalismo liberal-burguês afirmava o valor da igualdade, mas essa era vista a partir de uma igualdade formal. Ele combateu os privilégios estamentais do Antigo Regime e a concepção organicista da sociedade, que tornava os direitos e os deveres de cada um, dependentes da respectiva posição na estrutura social. Porém, ignorava a opressão que se manifestava no âmbito das relações sociais e econômicas, que permitiam ao mais forte explorar o mais fraco. O constitucionalismo liberal-burguês não arrolava, dentre as suas funções, a promoção da igualdade material das pessoas⁴⁸.

Assim, as diferenças vieram à tona. A construção da harmonia liberal é devastada pela erupção de uma luta entre preferências diversas. A sociedade fragmenta-se em grupos. A sociedade liberal é substituída por uma nova ordem chamada de sociedade técnica de massas⁴⁹.

A doutrina enumera as seguintes causas para a crise do Estado Liberal no final do Século XIX e início do Século XX: a) na Europa ocidental, a industrialização acentuara dramaticamente o quadro de exploração humana que o Estado absenteísta não tinha como resolver; b) a pressão social do proletariado e de outros grupos excluídos, aliada ao temor da burguesia diante dos riscos e ameaças de rupturas revolucionárias inspiradas no ideário da esquerda, levaram a uma progressiva mudança nos papéis do Estado; c) no plano das ideias, contribuíram para esse desfecho diversas vertentes de pensamento, como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja Católica, que, embora divergindo profundamente quanto à solução convergiam na crítica aos abusos a que conduzia o individualismo exacerbado do liberalismo; d) a progressiva extensão do direito de voto a parcelas da população até então excluídas do sufrágio também contribuiu para a mudança do cenário, ao permitir que demandas voltadas à alteração do *status quo* penetrassem nos órgãos do Estado. A democratização política, ao romper a hegemonia absoluta da burguesia no Parlamento, abriu espaço também para a democratização social; e) a crise ocidental de 1929⁵⁰.

⁴⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 95.

⁴⁹ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p.57.

⁵⁰ SOUZA NETO, C.P. de; SARMENTO, D., op. cit., 2012. p. 97-98.

A interdependência e a solidariedade, o intervencionismo e a socialização vão provocar profundas mudanças no sistema dos direitos fundamentais, trazendo novas concepções, outros pontos de partida e um equilíbrio diferente⁵¹.

Desta feita, como consequência, uma diferente pletora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais⁵², quais sejam, os direitos fundamentais de segunda dimensão, os direitos sociais, no quais o Estado assume indiscutível função promocional, satisfazendo ativamente as pretensões dos cidadãos, tendo por objetivo concretizar os primados da igualdade material⁵³, e consequentemente da justiça social.

Acerca da utilização da expressão “social” esclarece Jorge Reis Novais, que não tem como, às vezes, se faz em especial na doutrina brasileira, um sentido de socialização ou coletivização tomado em contraposição a “individual” ou “privado”, mas antes um sentido político, relativo à evolução constitucional clássica de Estado de Direito liberal para Estado de Direito social, portanto, um sentido que se pode tomar como politicamente referido à assunção, por parte do Estado, do comprometimento com fins de resolução da chamada questão social⁵⁴.

Surge, assim, uma nova categoria de direitos, designados por direitos a prestações ou, relativamente a serviços existentes, por direitos de quota-parte. Distinguem-se das liberdades e dos direitos de participação democrática, desde logo porque representam exigências de comportamentos estaduais positivos, embora a contraposição indivíduo-Estado não desapareça, não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado⁵⁵.

Cabe destacar, outrossim, que na esfera dos direitos da segunda dimensão não estão compreendidos somente os direitos de cunho prestacional, mas sim as chamadas “liberdades sociais”, como a de sindicalização e o direito de greve⁵⁶.

⁵¹ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p. 59.

⁵² MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., op. cit., 2011. p. 155.

⁵³ SCHÄFER, J., op.cit., 2013. p. 51-52.

⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010. p. 20.

⁵⁵ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p. 59.

⁵⁶ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., op. cit., 2011. p. 156.

Jairo Schäfer aponta os seguintes elementos caracterizadores dos direitos fundamentais de segunda dimensão: “a) direito-chave: igualdade; b) função do Estado: promocional; c) eficácia vinculativa da principal da norma: Estado; d) espécie de direito tutelado: individual, com marcados traços de homogeneidade, e alguns coletivos; e) concepção política de Estado: Contemporâneo (Estado social)⁵⁷”.

É certo que o marco distintivo desta nova fase de evolução dos direitos fundamentais é o cunho “positivo”. Por conseguinte, são direitos que requerem uma prestação do Estado, e por essa razão, possuem estes direitos peculiaridades estruturais, em termos de densidade normativa, quanto ao seu modo de exercício e à eficácia⁵⁸.

A propósito, leciona Bobbio acerca do reconhecimento dos direitos sociais

A proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização de serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado e, portanto, com o objetivo de limitar o poder - , os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado⁵⁹.

Desta feita, por serem direitos que demandam uma atuação estatal, no sentido de exigirem uma prestação do Estado, possuem estes direitos íntima relação com a reserva orçamentária e com a legislação infraconstitucional que por acaso a complementa. Podem se referir, portanto, tanto a uma prestação material ou a uma prestação jurídica.

Os direitos a uma prestação jurídica são aqueles que se satisfazem com a emissão de normas jurídicas, por esse motivo, em regra, têm sua concretização e efetividade condicionadas a essa normatização pelo Estado. Existem direitos fundamentais que dependem essencialmente de normas infraconstitucionais para

⁵⁷ SCHÄFER, J., op.cit., 2013. p. 55.

⁵⁸ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., op. cit., 2011. p. 181.

⁵⁹ BOBBIO, N., op. cit., 2004. p. 66-67.

ganhar pleno sentido. Há direitos que se condicionam a normas outras que determinam o modo do seu exercício e até o seu significado⁶⁰.

No tocante aos direitos a uma prestação material (direitos a prestação em sentido estrito), pode-se dizer que são os direitos sociais propriamente ditos, produto da concepção social do Estado, concebidos para minimizar as desigualdades de fato na sociedade. O seu objeto do direito será um bem ou serviço. Incluem-se, assim, no rol desses direitos, o direito à educação, moradia, lazer, trabalho, e como se pode extrair do art. 6º da Constituição de 1988, o direito à proteção da saúde⁶¹.

Como visto foram profundas as mudanças efetivadas por essa transição do modelo do Estado liberal para o Estado Social no sistema dos direitos fundamentais, trazendo novas concepções, outros pontos de partida e um equilíbrio diferente.

Com o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, os publicistas alemães, a partir de Schmitt, revelaram também o aspecto objetivo, a garantia de valores e princípios com que proteger as instituições⁶².

Acerca da influência socializante e a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, cabe registrar as lições de Vieira de Andrade:

Além disso, a influência socializante manifesta-se ainda na objectivação dos direitos fundamentais. O homem que constitui o ponto de partida e o titular dos direitos é agora o homem socialmente “situado” e “inserido”, o membro da sociedade numa linguagem organicista, que vê os seus direitos talhados a uma medida e num planos sociais. Já não é portador abstracto e isolado de interesses primários, pré-sociais, que esgrime a sua autonomia como regra e condição de um contrato social; é um elemento de um conjunto, responsável e condicionado, limitado à partida, carregado com o seu passado social, nesse sentido, um homem aposteriorístico⁶³.

Vê-se, portanto, nos direitos de segunda dimensão, que o homem que constitui o ponto de partida e o titular dos direitos é o homem socialmente “situado” e “inserido” em uma comunidade.

⁶⁰ MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., op. cit., 2011. p. 181.

⁶¹ Ibid., p. 182

⁶² BONAVIDES, P., op. cit., 2011. p. 565.

⁶³ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p. 61.

Nos direitos de terceira dimensão, tem-se como ponto de partida a “coletividade”, isto é, correspondem aos direitos de titularidade coletiva ou difusa. Trazem como marca distintiva o fato de se desvincularem, em princípio, do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se a salvaguarda de grupos humanos⁶⁴. Para Bonavides, esses direitos têm como titular o gênero humano⁶⁵.

Os direitos de terceira dimensão são também designados de direitos de fraternidade ou de solidariedade. Dentre eles, os mais citados são os direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação⁶⁶. Tais direitos, em que pese restar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção⁶⁷.

O reconhecimento dos direitos de terceira dimensão a nível constitucional ainda é tímido, de outra banda, no âmbito internacional, encontra-se em fase de consagração diante do grande número de tratados e documentos transnacionais nesta seara⁶⁸.

Jairo Schäfer indica os seguintes elementos caracterizadores dos direitos fundamentais de terceira dimensão: “a) direito-chave: fraternidade; b) função do Estado: complexa (omissiva e promocional); c) eficácia vinculativa da norma: Estado e cidadão; d) espécie de direito tutelado: coletivo e difuso, com interligação com o direito individual⁶⁹.”

Bonavides reconhece a existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o produto da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde a última fase de institucionalização do Estado Social. Assim, aponta o referido autor como direitos

⁶⁴ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 76.

⁶⁵ BONAVIDES, P., op. cit., 2011. p. 569.

⁶⁶ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 48.

⁶⁷ Ibid., p. 49.

⁶⁸ Ibid., p. 49.

⁶⁹ SCHÄFER, J., op. cit., 2013. p. 59.

pertencentes a essa dimensão, o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo⁷⁰.

Apesar de a proposta de Bonavides apresentar a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase de reconhecimento dos direitos fundamentais, já que não se cuida somente de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade, a dimensão da globalização dos direitos fundamentais está longe de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional⁷¹.

As diversas dimensões dos direitos fundamentais revelam que o seu processo de reconhecimento possui um caráter dinâmico e dialético, fruto de reivindicações concretas causadas por situações de injustiças e/ou agressão a valores elementares do ser humano e, por isso, definitivamente marcado pelo contexto histórico de cada época⁷².

Essa contextualização histórica dos direitos fundamentais é de suma importância para sua compreensão, todavia algumas questões não se mostram adequadamente resolvidas pela teoria geracional, que utiliza a evolução histórica como elemento essencial à própria caracterização e individuação dos direitos fundamentais.

A primeira crítica, como visto, consiste na própria nomenclatura que lhe é atribuída, uma vez que o fenômeno que se observa com os direitos fundamentais é o da acumulação histórica, e não de sucessão. Acerca da ideia de acumulação, cabe transcrever as palavras de Vieira de Andrade:

A ideia da acumulação vale na medida em que em cada momento histórico se formulam novos direitos, típicos do seu tempo, mas que se vêm somar aos direitos antigos. Como vimos, os direitos típicos de cada geração subsistem a par dos da geração seguinte e até se acrescentam sob novos aspectos⁷³.

⁷⁰ BONAVIDES, P., op. cit., 2011. p. 571.

⁷¹ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 51.

⁷² Ibid., p. 52.

⁷³ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p. 68.

A segunda crítica refere-se ao próprio método de classificação dos direitos fundamentais, pois questiona-se a validade dogmática de teoria que, ignorando completamente a estrutura própria dos direitos, utiliza o momento histórico como fator exclusivo de classificação dos direitos fundamentais, não exteriorizando caráter suficientemente preciso para poder ser utilizada como noção jurídica válida⁷⁴.

Deve-se ressaltar que a classificação dos direitos fundamentais possui papel relevante na medida em que por meio da classificação é possível obter não somente uma visão global e sistemática sobre o conjunto dos direitos fundamentais, como também parâmetros objetivos para sua interpretação, enquadramento funcional e até mesmo determinação do regime jurídico aplicável. Daí a sua importância para a teoria dos direitos fundamentais⁷⁵.

Desta feita, em resposta aos problemas teóricos apresentados pela concepção geracional, a doutrina constitucional concebeu nova forma de classificação dos direitos fundamentais, tendo como elemento essencial o conteúdo preponderante do direito considerado⁷⁶.

1.4. Perspectivas dos direitos fundamentais

Sarlet utiliza o termo “perspectiva” ao invés de “dimensão” com o fito de evitar equívocos referentes ao problema das diversas dimensões como sucedâneos do termo “gerações”⁷⁷. Por essa razão também o utilizaremos no presente estudo.

A análise dessas perspectivas do direito fundamental é de suma importância para a compreensão das questões que serão tratadas mais adiante, vez que as discussões sobre o direito à proteção da Saúde consoante delineado na Constituição Federal de 1988 consistem basicamente “se, como e em que medida o

⁷⁴ SCHÄFER, J., op.cit., 2013. p. 102.

⁷⁵ SARLET, I.W., 2011. p. 159.

⁷⁶ SCHÄFER, J., op. cit., 2013. p. 67.

⁷⁷ SARLET, I.W. op. cit., 2011. p. 142.

direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial”⁷⁸.

1.4.1. Perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais encontra suas raízes na fase inaugural do constitucionalismo ocidental, desse modo, “é a mais afeiçoada às suas origens históricas e às suas finalidades mais elementares”.⁷⁹ Portanto, intimamente relacionada à pré-compreensão liberal. Nesse contexto, os direitos fundamentais eram compreendidos como liberdades; cujo conteúdo era determinado pela vontade do seu titular, ou como garantias, para assegurar em termos institucionais a não intervenção dos poderes públicos – em qualquer caso, enquanto direitos de defesa dos indivíduos perante o Estado.⁸⁰

Nessa perspectiva, as normas de direitos fundamentais são pensadas apenas sob a ótica dos indivíduos (concepções atomísticas da sociedade) e possuem a nota da exigibilidade mais acentuada. Para Vieira de Andrade, a figura do direito subjetivo implica um poder ou uma faculdade para realização efetiva de interesses que são assegurados por uma norma jurídica como próprios do seu titular⁸¹. Desse modo, a atribuição de direitos subjetivos fundamentais visam precipuamente a proteção de interesses próprios dos titulares, mesmo que esses interesses sejam simultaneamente interesses comunitários⁸².

Canotilho anota que “uma norma garante um direito *subjectivo* quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o direito a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto”⁸³. Assim, prossegue o constitucionalista português, o direito subjetivo consagrado por uma

⁷⁸ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na decisão proferida na STA-175.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 189.

⁸⁰ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p. 53.

⁸¹ Ibid., p.118-119.

⁸² Ibid., p.119.

⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1254.

norma de direito fundamental se manifesta por uma relação trilateral que envolve o titular, o objeto e o destinatário do direito⁸⁴.

Nessa esteira de entendimento, reconhecer direitos fundamentais como direitos subjetivos significa para Sarlet “que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)⁸⁵”; ou seja, “de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão⁸⁶”. Desta feita, a possibilidade de se fazerem efetivos nos tribunais é o traço característico dos direitos subjetivos.

Lembra Sarlet que o problema da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais como direitos subjetivos se encontra umbilicalmente vinculado às diversas facetas que pode assumir o direito subjetivo fundamental.⁸⁷ Também pontua o autor que o objeto de um direito subjetivo fundamental encontra-se relacionado aos seguintes fatores: a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que concerne ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes da mais diversa natureza e até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários.⁸⁸

Desse modo, os direitos fundamentais, nessa órbita, objetivam proteger a liberdade, autonomia e segurança dos cidadãos em face do Estado, mas também perante os outros cidadãos, consoante leciona António-Enrique Perez Luño:

En su *dimension subjetiva*, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la

⁸⁴ CANOTILHO, J.J. G., op. cit, 2003. p. 1254.

⁸⁵ SARLET, I.W., op.cit, 2011. p. 152.

⁸⁶ Ibid., p. 154.

⁸⁷ Ibid., p. 153.

⁸⁸ Ibid., p. 152-153.

persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social⁸⁹.

Vieira de Andrade nos traz a distinção entre a matéria de direitos fundamentais e os direitos fundamentais como categoria jurídica de direitos subjetivos:

Já se disse que a diferença entre a matéria de direitos fundamentais e os direitos fundamentais como categoria jurídica de direitos subjetivos radica desde logo no facto de alguns dos respectivos preceitos constitucionais não conferirem quaisquer posições jurídicas subjectivas, estabelecendo somente regras e princípios destinados a garantir os direitos individuais ou a definir o seu regime jurídico.⁹⁰

Assim, algumas normas de direitos fundamentais não conferem quaisquer posições jurídicas, e, desse modo, nessas situações não há que se falar em direitos fundamentais, mas apenas em normas de direitos fundamentais de eficácia meramente objetiva, que geram interesses legítimos, ou interesses jurídicos que não se confundem com direitos subjetivos.⁹¹

1.4.2. Perspectiva objetiva dos direitos fundamentais

Canotilho explicita que uma norma vincula um sujeito em termos objetivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto.⁹²

⁸⁹ LUÑO, António-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 5ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 1993. p. 22.

⁹⁰ ANDRADE, J.C.V., op., cit., 2006. p. 113-114.

⁹¹ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. 2006. 480 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, p. 359.

⁹² CANOTILHO, J.J. G., op. cit, 2003. p. 1254.

Observa Ney de Barros Bello Filho que todas as normas de direitos fundamentais possuem esta eficácia meramente objetiva, na medida em que estas normas servem de normas de garantia da unidade do sistema e possuem efeitos que transbordam da mera atribuição de subjetividade. Aduz ainda o professor que as normas de direitos fundamentais são normas de eficácia objetiva por que delas é possível extrair obrigações, deveres e proteção a outros direitos. E, conclui, a subjetividade é um *plus* que pode ou não estar adjungido à norma.⁹³

A despeito de já se ter notícia na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certo desenvolvimento do que hoje se entende como perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, a sua elaboração teórica teve impulso decisivo após a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Aponta-se o célebre caso *Lüth* (BverfGE 7, 198/204), julgado em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), no qual restou assinalado que os direitos fundamentais não se cingem a sua função precípua de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Poder Público, mas, vai além, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com uma eficácia irradiante em todo o ordenamento jurídico, e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e administrativos⁹⁴.

Desta feita, os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados somente sob a ótica dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que são portadores perante o Estado, mas também sob a ótica da comunidade, “como valores ou fins que esta se propõe prosseguir”⁹⁵.

A respeito do duplo caráter das normas de direitos fundamentais, verbera António-Enrique Perez Luño:

⁹³ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. 2006. 480 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, p. 359.

⁹⁴ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>]. Acesso em 30 jun. 2014. p. 28.

⁹⁵ ANDRADE, J.C.V., op., cit., 2006. p. 115.

En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en plano subjetivo síguen actuando como garantías de la libertad individual, sí bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y coletivos de la subjetividad, mientras que em el objetivo han assumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados⁹⁶.

Acentua também a “dupla natureza” (*doppel Gestalt*) dos direitos e liberdades fundamentais Cristina Queiroz ao aduzir que as normas de direitos fundamentais não garantem somente direitos subjetivos, mas também princípios objetivos básicos para a ordem constitucional democrática do Estado de Direito.⁹⁷

O individualismo cede lugar a uma compreensão dogmática que vê na subjetividade dos direitos somente uma das técnicas de defesa de bens jurídicos, não a única possibilidade de fazê-lo. Assim, as normas de direitos fundamentais deixam de ser pensadas sob o ponto de vista dos indivíduos para ocupar espaços de conformação coletiva, resguardando valores e bens jurídicos que não aderem ao portador no sentido da subjetividade clássica⁹⁸.

Muitos veem na perspectiva objetiva um reforço para a operatividade dos direitos fundamentais, eis que estes foram elevados ao patamar de “pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade”⁹⁹.

Nessa toada, aduz Bonavides:

A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez com que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade tomassem também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir, conforme demonstra a doutrina e a jurisprudência do

⁹⁶ LUÑO, António-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 5ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 1993. p. 25.

⁹⁷ QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2009. p. 365.

⁹⁸ BELLO FILHO, Ney de Barros. *Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. 2006. 480 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, p. 362.

⁹⁹ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p. 114.

constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado.¹⁰⁰

Essa dupla função concede às normas de direitos fundamentais a posição de normas de garantia do modo de viver na pós-modernidade. A propósito verbera Ney de Barros Bello Filho:

A sua eficácia objetiva reflete algo mais importante em diversas conexões dogmáticas do que a subjetividade em voga na modernidade. A subjetividade passa a ser apenas uma das técnicas de preservação de bens jurídicos através do direito, e em alguns casos sem ser, nem mesmo, a mais importante¹⁰¹.

As duas perspectivas, como visto, não se excluem, mas se complementam. A doutrina tem discutido, todavia, a prevalência de uma perspectiva sobre a outra. Canotilho nos fala de uma presunção da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais ao afirmar que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos individuais, do que resulta a constatação de que estando constitucionalmente protegidos como direitos individuais, esta proteção efetuar-se-á sob a forma de direito subjetivo.¹⁰²

A estrutura do direito fundamental à proteção da saúde alberga uma dupla dimensão de direitos subjetivos individuais e elementos objetivos fundamentais. Desse modo, abarca decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva, com eficácia sobre todo o ordenamento, e que fornecem diretrizes para os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. E, num plano subjetivo, o titular pode fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou direito à ação ou ações negativas ou positivas que lhe são próprias.

¹⁰⁰ BONAVIDES, P., op. cit., 2011. p. 562.

¹⁰⁰ Ibid., p. 568-569.

¹⁰¹ BELLO FILHO, N. B., op. cit., 2006. p. 361.

¹⁰² CANOTILHO, J.J. G., op.cit , 2003. p. 1257.

1.5. Classificação dos direitos fundamentais de acordo com o conteúdo preponderante

Para classificar os direitos fundamentais, nessa concepção, leva-se em consideração os seus respectivos núcleos essenciais, não importando o momento no qual foram reconhecidos. Assim, a partir do conhecimento do núcleo essencial dos direitos, a posição realizadora do Estado passa a integrar o processo de classificação, ao estabelecer relação entre o conteúdo do direito e a função do Estado em face de sua efetivação¹⁰³.

Sob essa ótica, os direitos fundamentais devem ser classificados como um direito negativo ou um direito positivo (ou prestacional):

Se, materialmente, a partir do respectivo conteúdo, a realização do direito prescinde de uma atuação concreta estatal, trata-se de um direito negativo (liberdades negativas: obrigação de abstenção de interferência na esfera pessoal por parte do Estado); se, ao contrário, a atuação concreta do Estado é pressuposto (e elemento) para a realização do direito, estamos diante de um direito positivo ou prestacional (liberdades positivas: obrigação de intervenção ativa por parte do Estado)¹⁰⁴.

Apesar da aparente compatibilidade entre a teoria dualista e a concepção geracional, eis que pode, naturalmente, levar a equiparar os direitos negativos (teoria dualista) aos direitos fundamentais de primeira geração (teoria geracional) e os direitos positivos aos direitos fundamentais de segunda geração, cabe lembrar que não há identificação entre os critérios classificatórios, pois para a teoria geracional o fator exclusivo para classificação é o momento histórico, e para a teoria dualista, como visto, o que importa para a classificação dos direitos fundamentais são os respectivos núcleos essenciais¹⁰⁵.

¹⁰³ CANOTILHO, J.J. G., op.cit., 2003. p. 67.

¹⁰⁴ Ibid., p. 68.

¹⁰⁵ SCHÄFER, J., op.cit., 2013. p. 70.

Desse modo, tanto os direitos negativos quanto os direitos positivos podem ser encontrados em qualquer uma das gerações da teoria geracional, bastando para isso o conteúdo do direito de reclamar esta posição¹⁰⁶.

Assim, em um mesmo direito fundamental unitariamente designado é possível encontrar poderes de exigir um comportamento negativo dos poderes públicos, combinados com poderes de exigir ou de pretender prestações positivas, jurídicas ou materiais¹⁰⁷.

A propósito, esclarecedora a lição de Jorge Reis Novais ao afirmar que o direito à vida pode, numa primeira análise ser considerado um direito negativo ou um direito de defesa contra eventuais intervenções do Estado, e que tal caracterização tende a encobrir a diversidade da natureza das múltiplas posições jurídicas que é possível com base na mesma norma de direito fundamental, conferir ao titular do direito à vida¹⁰⁸, e afirma ainda o autor português:

A qualificação como “direito negativo” não se adequa à dedução, a partir da norma sobre o direito à vida, de direitos ou pretensões a prestações positivas por parte do Estado, como sejam os direitos ou pretensões a um mínimo de existência em condições de dignidade, que hoje são cada vez mais reconhecidos como ínsitos na consagração constitucional de um “direito à vida” no actual Estado de direito¹⁰⁹.

Aduz ainda o autor português, que, diante dessa multiplicidade de posições ganha relevo a proposta de tipologia desenvolvida por Alexy, orientada por critérios estruturais analíticos no quadro de uma prévia distinção entre direito fundamental *como um todo* e cada uma das pretensões especiais nele integradas ou com ele correlacionadas.

¹⁰⁶ SCHÄFER, J., op.cit., 2013. p. 70.

¹⁰⁷ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p. 172.

¹⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 127.

¹⁰⁹ Ibid., p. 127.

1.6. O direito fundamental *completo*: teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy

Pode-se afirmar que a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy ofereceu uma resposta adequada para questão dos direitos que se apresentam, ao mesmo tempo, como direitos negativos e direitos positivos. Tal ocorreu com formulação do conceito de “direito fundamental completo” que significa um feixe de posições jusfundamentais que equivale à atribuição de um feixe de normas a uma disposição de direito fundamental¹¹⁰. Como explicita o autor, às posições jurídicas sempre correspondem normas que as reconhecem.

Desta feita, essas diversas posições jurídicas que podem ser suportadas por uma mesma norma de direito fundamental possibilitam apresentar neste direito uma aspecto positivo e outro negativo.

Cabe distinguir “norma” de “posição”. “Uma norma é aquilo que o enunciado normativo expressa¹¹¹” e uma posição jurídica é a relação estabelecida entre o direito que uma pessoa tem em face de outra. Esclarece Alexy que essa distinção não teria relevância se as normas fossem analisadas somente a partir da perspectiva de conferir características normativas¹¹² às pessoas, visto que aqui haveria somente um predicado monádico. O interesse existe quando se trata de relações que podem ser expressas por predicados diádicos e triádicos¹¹³. Portanto, é de suma importância a análise da posição jurídica, eis que interessa para a compreensão da norma as relações que se estabelecem entre os indivíduos, entre estes e o Estado e o direito que garantem.

Explicita Alexy que a base da teoria analítica dos direitos é uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como “direitos” em (1) direitos a algo, (2) liberdades e (3) competências¹¹⁴. Assim, sua concepção de direitos

¹¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 249.

¹¹¹ Ibid., p. 184.

¹¹² Ibid., p. 185.

¹¹³ Ibid., p. 185.

¹¹⁴ Ibid., p. 193.

fundamentais, chamada de sistemas de posições jurídicas fundamentais sustenta-se nesse tripé.

Esta classificação tripartida abrangente de Alexy tem a vantagem de cobrir analiticamente, de um ponto de vista da sua estrutura, todas as eventuais posições jurídicas sustentáveis de normas de direitos fundamentais e, como tal, permitir uma compreensão rigorosa dos possíveis conteúdos da relação jurídica geral e concreta de direito fundamental entre o indivíduo e o estado¹¹⁵.

Os direitos a algo abrangem as ações negativas (direitos de defesa) e positivas (direitos a prestações) do Estado e/ou particulares. No tocante às ações positivas, o autor divide em ação positiva fática (direitos a prestações em sentido estrito) e ação positiva normativa (direito a atos estatais de produção de normas). A segunda ordem, por sua vez, é composta pelas liberdades, no sentido de negação de exigências e proibições. A terceira compreende os poderes, como competências e autorizações.

Os direitos a algo, consoante a proposta de Alexy, assumem a forma de uma relação triádica; na qual o primeiro elemento é o portador ou titular do direito (*a*), o segundo elemento é o destinatário do direito (*b*) e o terceiro elemento é o objeto do direito (*G*)¹¹⁶. Para o autor, “A forma mais geral de um direito a algo é a seguinte: (1) *a* tem em face de *b*, um direito a *G*¹¹⁷”. Tal demonstração tem relevância mormente na análise que se faz das relações jurídicas que se estabelecem entre pessoas ou entre pessoas e ações.

Os direitos a ações negativas são também chamados direitos de defesa. O destinatário destes direitos é o Estado. Esta espécie de direito subjetivo é dividida por Alexy em três grupos: não-embaraço, não-afetação e não-eliminação. O não-embaraço consiste em proibição direcionada ao Estado cujo conteúdo torna violadoras as ações estatais que tendam a dificultar ou impedir o exercício de direitos fundamentais. Não importa se as ações impeçam a fruição do direito de modo direto ou que o Estado se utilize do Poder Legislativo ou de outros meios

¹¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 128.

¹¹⁶ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 194.

¹¹⁷ Ibid., p. 194.

normativos para criar obstáculos jurídicos à concretização de tal direito fundamental. O autor propõe a seguinte formulação padrão ao enunciado de tal direito: “a, tem em face do Estado, um direito a que este não o embarace na realização da ação *h*¹¹⁸”.

Os direitos à não-afetação referem-se a uma vedação de que o Estado aja, qualquer que seja o meio utilizado, para afetar determinadas características e situações consolidadas e garantidas por normas de direitos fundamentais. O autor propôs a seguinte fórmula para o enunciado de tal direito: “a tem, em face do Estado, um direito a que este não afete A (situação B) de *a*¹¹⁹”.

Já o terceiro grupo de direitos a ações estatais negativas é constituído pelos direitos a que o Estado não elimine certas posições jurídicas do titular do direito. Esclarece o autor que a existência de uma posição jurídica significa que uma norma correspondente (individual ou universal) é válida. O direito do cidadão, contra o Estado, a que este não elimine uma posição jurídica sua, é no sentido, um direito a que o Estado não derogue certas normas¹²⁰. E, propõe o autor a seguinte forma padrão simples: “a tem, em face do Estado, um direito a que este não elimine a posição jurídica RP de *a*¹²¹”.

Consoante já dito, em relação aos direitos a ações positivas, Alexy desmembra em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática (direito a prestações em sentido estrito) e aquele cujo objeto é uma ação normativa (direito a ações positivas normativas)¹²².

Todavia, mais adiante Alexy nos fala de uma divisão tripla dos direitos a prestações. E, aqui, o conceito de prestações será compreendido de forma ampla, no sentido de que todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação.

Desta feita, a escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos através de normas de direito penal (Direitos à proteção), passa pelo

¹¹⁸ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 198.

¹¹⁹ Ibid., p. 199.

¹²⁰ Ibid., p. 201.

¹²¹ Ibid., p. 201.

¹²² Ibid., p. 201.

estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais (Direitos à organização e a procedimento) e alcança até prestações em dinheiro e outros bens (Direitos à prestação em sentido estrito)¹²³.

Justifica Alexy a necessidade de estender o conceito de “direito a prestações” que, segundo ele, é associada a ideia de um direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras pessoas privadas se dispusessem de meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente¹²⁴.

A primeira razão explicitada por Alexy para uma ampliação do conceito de “direito a prestações” consiste no fato de que, no caso de muitos dos assim chamados direitos fundamentais sociais, que são considerados direitos a prestações por excelência, há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas¹²⁵. Além disso, as posições propostas ou alegadas podem dizer respeito a direitos *prima facie* ou a direitos definitivos¹²⁶.

Já a segunda razão apontada pelo autor reside no fato de que os direitos a ações positivas compartilham problemas com os quais os direitos a ações negativas não se deparam, ou pelo menos com a mesma intensidade. Direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos. Mas eles não dizem nada sobre que objetivos devem ser perseguidos. Direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos¹²⁷. E, nesse ponto, cabe transcrever as palavras de Alexy:

Por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais dos cidadãos. Sob uma Constituição que submete os direitos garantidos constitucionalmente a um amplo controle judicial de constitucionalidade esse problema é, em essência, um problema de repartição de competências entre o tribunal constitucional e o legislador¹²⁸.

¹²³ ALEXY, R., op .cit., 2011. p. 442.

¹²⁴ Ibid., p. 442.

¹²⁵ Ibid., p. 442-443.

¹²⁶ Ibid., p. 443.

¹²⁷ Ibid., p. 444.

¹²⁸ Ibid., p. 444.

O direito fundamental à proteção da saúde envolve um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e direito a prestações. Como direito de defesa (ou direito negativo), o direito à proteção da saúde tem como fito a salvaguarda da saúde individual e da saúde pública contra ingerências indevidas, por parte do Estado ou de sujeitos privados, individualmente ou coletivamente considerados. Na condição de direito a prestações (direito positivo), e especificamente como direito a prestações em sentido amplo, o direito à proteção da saúde impõe deveres de proteção da saúde pessoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e procedimental (v.g., organização dos serviços de assistência à saúde, das formas de acesso ao sistema, da distribuição dos recursos financeiros e sanitários, etc; bem como a regulamentação do exercício dos direitos de participação e controle social do SUS, notadamente pela via dos Conselhos e das Conferências de Saúde). Já como direito a prestações em sentido estrito, o direito à proteção da saúde fundamenta as mais variadas pretensões ao fornecimento de prestações materiais (como tratamentos, medicamentos, exames, internações, consultas, etc.)¹²⁹. Esta última posição é a mais relevante para a presente pesquisa.

1.7. Conceito e estrutura normativa dos direitos fundamentais

A busca por um conceito de direitos fundamentais também não é menos tormentosa do que a sua delimitação terminológica, eis que o que é fundamental para determinado Estado pode não ser para outro, ou não sê-lo da mesma forma.¹³⁰

A título ilustrativo, o direito à saúde é um direito fundamental na Constituição brasileira de 1988, mas não o é na Constituição Espanhola de 1978, pois naquela ordem constitucional não lhe é assegurado o regime jurídico equivalente aos direitos

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor* n.67, 2008. p. 125-172.

¹³⁰ SARLET, I.W., op .cit., 2011. p. 48.

fundamentais, ainda que exista o reconhecimento de eficácia e aplicabilidade aos chamados princípios diretivos da ordem social¹³¹.

1.7.1. A problemática da delimitação conceitual dos direitos fundamentais

A problemática de conceituação dos direitos fundamentais remonta desde a época da clarificação da distinção entre Constituição em sentido material e formal por Carl Schmitt e outros expoentes da teoria e dogmática constitucional do período entre as duas guerras mundiais¹³².

Sob o ponto de vista formal, Carl Schmitt fixou dois critérios de caracterização dos direitos fundamentais; pelo primeiro, podem ser designados como direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional; pelo segundo, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis ou pelo menos de revisão dificultada, ou seja, direitos somente alterados através de emenda à Constituição¹³³.

Jorge Miranda aduz que “todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles¹³⁴”. Resta, portanto, verificar que predicados deve conter um direito para ser considerado fundamental.

Quanto à ótica material, afirma Bonavides citando Schmitt, que os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra¹³⁵.

Ainda sob o ponto de vista material, afirma Schmitt: “Los derechos fundamentales en sentido próprio son, esencialmente, derechos del hombre

¹³¹ SARLET, I.W., op .cit., 2011. p. 77.

¹³² Ibid., p. 76

¹³³ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre* apud BONAVIDES, P., op.cit., 2011. p. 561.

¹³⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 9.

¹³⁵ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre* apud BONAVIDES, P., op.cit., 2011. p. 561.

individual libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado¹³⁶”. Assim, para o autor, somente os direitos de defesa são fundamentais.

Hodiernamente essa concepção não seria defensável, dado que não leva em consideração o alargamento da esfera política, a interpenetração entre Estado e Sociedade e a integração dos indivíduos no tecido social e no processo político. A interdependência e a solidariedade, o intervencionismo e a socialização, como visto, alteraram profundamente o sistema dos direitos fundamentais.

Consoante registra Norberto Bobbio, os “direitos do homem” constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O rol dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, isto é, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a consecução dos mesmos, das transformações técnicas, etc.¹³⁷.

A despeito disso, não há como ignorar a existência de categorias universais e consensuais, no que tange a sua fundamentalidade, tais como valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Todavia, como adverte Sarlet, mesmo estes devem ser devidamente contextualizados, já que igualmente suscetíveis de uma valoração distinta e condicionada pela realidade social e cultural concreta¹³⁸.

Identificar as notas distintivas de fundamentalidade de um direito é de suma importância não só para a resolução de casos concretos, mas, principalmente, para revelar direitos fundamentais fora do rol expresso da Constituição (abertura material do catálogo), pois além do conceito formal de direitos fundamentais, como visto, há o conceito material, no sentido de que existem direitos que, por seu conteúdo, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando expressamente do catálogo¹³⁹.

¹³⁶ Tradução nossa: Os direitos fundamentais propriamente dito são, na essência, direitos do homem livre e isolado, e, por certo, direitos que ele tem em face do Estado. Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México: Editora Nacional. p. 190.

¹³⁷ BOBBIO, N., op. cit., 2004. p. 18.

¹³⁸ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 76.

¹³⁹ SCHÄFER, J., op. cit., 2013. p. 63.

Todavia, a busca de direitos não expressamente arrolados no Catálogo dos Direitos Fundamentais deve ser criteriosa, com o fito de alcançar padrão mínimo de reconhecimento, para que essa cláusula não se transforme em inimiga dos direitos fundamentais. O elemento essencial à prova da fundamentalidade desse direitos deve residir, em última instância, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁴⁰.

Para Gustavo Binbenbojm, a ideia de dignidade da pessoa humana traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais. Continua o autor “à centralidade moral da dignidade do homem, no plano dos valores, corresponde a centralidade jurídica dos direitos fundamentais, no plano do sistema normativo¹⁴¹”.

Nessa toada, para Vieira de Andrade o conjunto de direitos fundamentais está referido à ideia de dignidade da pessoa humana inscrita na consciência jurídica geral.¹⁴² Haveria, assim, um estreito entrelaçamento entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Sobre esse ponto, Canotilho afirma tratar-se de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada, visto que há consagração de direitos fundamentais de pessoas coletivas que não apresentam ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴³.

1.7.2. O conceito de norma de direito fundamental

Alexy assevera que “entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há estreitas conexões. Sempre que alguém tem um

¹⁴⁰ SCHÄFER, J., op. cit., 2013. p. 66.

¹⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>]. Acesso em 30 jun. 2014.

¹⁴² VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 2006. p. 50.

¹⁴³ GOMES CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 1998. p. 373.

direito fundamental, há uma norma que garante esse direito¹⁴⁴”. Todavia, a recíproca não é verdadeira, pois há normas de direito fundamentais que não outorgam direitos subjetivos¹⁴⁵. Por isso, sugere o autor tratar o conceito de norma de direito fundamental como um conceito que pode ser mais amplo que o conceito de direito fundamental¹⁴⁶.

Ao discorrer sobre o conceito de norma, o autor nos traz o conceito semântico de norma, e afirma que “o ponto de partida desse modelo consiste na diferenciação entre norma e enunciado normativo¹⁴⁷”. Uma norma é mais que seu texto literal; está determinada também por sua realidade social. Como leciona Müller “o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘ponta do iceberg’¹⁴⁸”, de acordo com a sua concepção “teoria estruturante do Direito”.

Registra Alexy que uma mesma norma pode ser veiculada por diferentes enunciados normativos ou independentes deles, como no caso dos princípios implícitos de um ordenamento jurídico, ou um enunciado normativo pode não conter, sozinho, nenhuma norma, carecendo de ser interpretado em conjunto com outros para vir a tê-lo. Não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma¹⁴⁹. Recomenda, assim, Alexy que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma e não no nível do enunciado normativo¹⁵⁰.

Indaga o autor o que são normas de direito fundamental. E, em seguida, esclarece que essa questão deve ser formulada de forma concreta, ou seja, que normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direitos fundamentais, e quais não. Justifica essa opção, tendo em vista que o objeto do seu trabalho é uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã¹⁵¹.

¹⁴⁴ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 50.

¹⁴⁵ Ibid., p. 50.

¹⁴⁶ Ibid., p. 51.

¹⁴⁷ Ibid., p. 53.

¹⁴⁸ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Tradução Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 54.

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 31.

¹⁵⁰ ALEXY, R., op. cit., 2011. p.54.

¹⁵¹ Ibid., p. 65.

Mais adiante Alexy reformula a sua pergunta: o que faz com um enunciado na Constituição alemã seja uma disposição de direito fundamental? Consoante o autor a resposta a essa pergunta pode calcar-se em aspectos materiais, estruturais e formais¹⁵².

Opta o autor pelo critério formal, por entender que a definição do conceito de direito fundamental orientada por teses substanciais e estruturais vincula de antemão o conceito de direito fundamental a uma determinada concepção de Estado, e não há consenso para se afirmar que essa determinada concepção é a concepção da Constituição alemã. Desta feita, segundo o critério formal, são normas de direitos fundamentais as normas diretamente expressas pelas disposições de direitos fundamentais, ou seja, aquelas contidas nas disposições dos arts.1º a 19 da Constituição alemã, bem como as disposições garantidoras de direitos individuais dos arts 20, § 4º, 33,38,101, 103 e 104 da Constituição alemã¹⁵³.

Todavia, o autor indaga se esse conceito não é estreito, e identifica também como normas de direito fundamental não só as estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, mas as normas de direito fundamental atribuídas¹⁵⁴. Para saber se estas normas são normas de direitos fundamentais vai depender da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente¹⁵⁵.

1.7.3. A estrutura das normas de direito fundamental

Assevera Alexy que “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais¹⁵⁶. Com efeito, essa distinção estrutural dessas normas é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da

¹⁵² ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 66.

¹⁵³ Ibid., p. 68-69.

¹⁵⁴ Ibid., p. 73.

¹⁵⁵ Ibid., p. 74.

¹⁵⁶ Ibid., p. 85.

dogmática dos direitos fundamentais, como seu papel no ordenamento jurídico, seus limites e a solução das colisões¹⁵⁷.

Existe amplo debate doutrinário sobre quais seriam os critérios distintivos entre princípios e regras. Debate-se, também, se as distinções entre princípios e regras são de natureza qualitativa ou quantitativa. Isto é, discute-se se existem dois tipos estanques de normas jurídicas, com características próprias e inconfundíveis (distinção qualitativa), ou se há, ao revés, um *continuum* neste universo normativo, em que as características em questão aparecem com distintas gradações nas diferentes normas que o compõem (distinção quantitativa)¹⁵⁸. A distinção alexyana entre regras e princípios é qualitativa.

1.7.3.1. Critérios tradicionais de distinção entre regras e princípios

Logo de início, registra Alexy que regras e princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibições¹⁵⁹.

O autor discorre sobre os vários critérios utilizados pela doutrina para distinguir regras de princípios; o primeiro critério assinalado é o da generalidade; assim, consoante esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, já o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Outros critérios indicados são o da determinabilidade dos casos de aplicação¹⁶⁰, que diferencia as normas criadas das normas desenvolvidas; a importância para ordem jurídica; e o fato de considerarem os princípios fundamentos para regras ou serem eles mesmos regras. Também a proximidade da ideia do direito é utilizado como

¹⁵⁷ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 85.

¹⁵⁸ SOUZA NETO, C.P.de; SARMENTO, D., op. cit., 2012. p. 517.

¹⁵⁹ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 87.

¹⁶⁰ Cf. MENDES, G.F; BRANCO, P.G.G., op.cit., 2011. p. 83 "Os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata".

critério de distinção, considerando-se os princípios padrões que expressam exigências de justiça¹⁶¹.

Assim, calcado nesses critérios apresenta Alexy três teses de distinção entre regras e princípios. A primeira defende que diante da diversidade existente não haveria como prosperar uma tentativa de distinção das normas em duas classes, a das regras e princípios. A segunda tese até aceita tal distinção, todavia registram os seus defensores que essa diferenciação é apenas de grau, isto é, veem no grau de generalidade o critério determinante para a distinção. A última tese sustenta que há uma diferença qualitativa entre eles, e não somente de grau.

A última tese é a abraçada por Alexy, para quem existe entre regras e princípios uma diferença estrutural, portanto, qualitativa. Ronald Dworkin compartilha desse entendimento, tendo sido inclusive seu precursor; na verdade, a proposta do autor alemão é um refinamento da tipificação formulada originalmente por Dworkin. O ponto de partida da teoria de Dworkin é uma crítica ao positivismo jurídico, em especial ao positivismo na forma elaborada por Herbert Hart¹⁶². Para Dworkin, o positivismo ao entender o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, não consegue fundamentar as decisões de casos difíceis, para as quais o juiz não consegue identificar nenhuma regra jurídica aplicável, a não ser por meio do recurso à discricionariedade judicial. O juiz, nessas situações, cria direito novo¹⁶³.

1.7.3.2. Os princípios como mandados de otimização. Colisões entre princípios e conflitos entre regras

O ponto nuclear, para Alexy, na diferenciação entre regras e princípios é que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida

¹⁶¹ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 87-88.

¹⁶² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 35-36.

¹⁶³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 35.

possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes¹⁶⁴”. São, portanto, comandos de otimização, pois comportam o cumprimento em graus diferentes, que dependem não só das possibilidades reais, existentes no plano fático, mas também das possibilidades jurídicas, referentes a possíveis colisões com princípios antagônicos. No tocante às regras, estas não possuem esta característica, visto que não podem ser cumpridas de modo gradual; ou são cumpridas totalmente ou descumpridas. Por conseguinte, regras contêm determinações¹⁶⁵, ou seja, exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam.

Essa classificação é metodologicamente relevante porque implica uma diferença quanto ao modo de aplicação das duas classes de normas. Enquanto os princípios devem ser otimizados segundo a máxima da proporcionalidade para que sejam determinadas as possibilidades fáticas e jurídicas em que eles devem ser aplicados, de modo que a operação básica de sua aplicação é a ponderação, as regras contêm mandados definitivos e a operação básica é a subsunção¹⁶⁶.

Para Dworkin, os princípios e regras jurídicas possuem em comum o fato de estabelecerem obrigações jurídicas; todavia, divergem quanto o tipo de diretiva que oferecem. Entende o autor norte-americano que a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica¹⁶⁷; “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”¹⁶⁸; portanto, de modo disjuntivo. Esclarece Dworkin que “Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão¹⁶⁹”. Sempre que se cuidar de regra, para torná-la mais precisa e completa, faz-se necessário enumerar-lhe todas as exceções¹⁷⁰. Já em relação aos princípios aduz Dworkin, que mesmo aqueles mais assemelhados às regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas¹⁷¹. No seu sentir, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a dimensão

¹⁶⁴ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 90.

¹⁶⁵ Ibid., p. 90-91.

¹⁶⁶ BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. *Direito, Estado e Sociedade: Revista do Departamento do Direito da PUC-Rio*. Rio de Janeiro, n.37, p. 152-180, jul/dez.2010. p. 154.

¹⁶⁷ DWORKIN, R., op. cit., 2010. p.39.

¹⁶⁸ Ibid.,p.39.

¹⁶⁹ Ibid.,p.39.

¹⁷⁰ Ibid.,p.40.

¹⁷¹ Ibid.,p.40.

do peso ou importância; ou seja, quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai solucionar o conflito tem que levar em consideração a força relativa de cada um naquela dada situação¹⁷².

Cabe destacar que, nesse ponto, Dworkin utiliza o termo “princípio” de modo genérico, visto que diferencia princípios de políticas. Aqueles possuem uma dimensão moral, uma exigência de justiça, de equidade e de respeito à dignidade humana. A política, por sua vez, estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade¹⁷³.

Acerca do conceito mais restrito de princípio elaborado por Dworkin, salienta Alexy:

Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominadas como ‘políticas’. A diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é nem exigível nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual. As características lógicas comuns aos dois tipos de princípios aos quais Dworkin faz referência com seu conceito de ‘princípio em sentido genérico’ e que aparecem claramente nas colisões de princípios, sugerem a conveniência de um conceito amplo de princípio¹⁷⁴.

A colisão entre princípios, do mesmo modo que o conflito entre regras, refere-se ao fato de duas normas, se isoladamente aplicadas, levar a resultados inconciliáveis entre si, isto é, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios¹⁷⁵. Todavia, a solução para os conflitos entre regras e colisão entre princípios é diversa.

Com efeito, enquanto os conflitos de regras se resolvem na dimensão da validade, as colisões entre princípios são resolvidas em razão do “valor”. Isso significa que um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo

¹⁷² DWORKIN, R., op. cit., 2010. p.42.

¹⁷³ Ibid., p.36.

¹⁷⁴ ALEXY, R., op. cit., 2011. p.116.

¹⁷⁵ Ibid., p.92.

menos uma das regras for declarada inválida¹⁷⁶. Pode-se afirmar que os conflitos entre regras se resolvem pelos critérios clássicos de solução de antinomias, o critério da hierarquia (que leva à invalidade da norma inferior), o critério cronológico e o critério da especialidade, que Alexy denomina de cláusula de exceção.

Acerca do conflito entre regras, Dworkin ainda acrescenta como critério de solução de antinomia a importância do princípio que fundamenta a regra, cabe transcrever suas palavras:

se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes¹⁷⁷.

Já se dois princípios colidem em um caso concreto, um dos princípios terá que ceder. O que não significa que essa situação é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente exclusão do ordenamento jurídico. O que ocorre, na verdade, é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta¹⁷⁸. Há que se apurar o peso no caso concreto (ponderação); o princípio com maior peso tem precedência. Aplica-se, no caso, a “lei de colisão” que reflete a natureza dos princípios como comandos de otimização; vez que informa a inexistência de uma regra absoluta de precedência, ou seja, o conflito deve ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”¹⁷⁹. O resultado do sopesamento oriundo da aplicação da “lei de colisão” conduz a uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido¹⁸⁰.

¹⁷⁶ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 92.

¹⁷⁷ DWORKIN, R., op. cit., 2010. p.43.

¹⁷⁸ ALEXY, R., op. cit., 2011. p.93.

¹⁷⁹ Ibid., p. 94.

¹⁸⁰ Ibid., p.102.

Dworkin possui o mesmo entendimento sobre colisão de princípios, no sentido de que depois que o princípios incidem sobre uma situação que não contava com regra legislada para resolvê-la, terá sido revelada uma regra para a solução do caso, e não criada. Isto é “a regra não existe antes de o caso ser decidido; o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra¹⁸¹”.

De tudo que foi abordado até aqui resta evidente o caráter *prima facie* dos princípios, na medida em que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; portanto, não contêm mandamentos definitivos. De outra banda, as regras exigem que seja feito justamente aquilo que elas ordenam, “elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas¹⁸²”. Essas determinações podem falhar diante de impossibilidades fáticas e jurídicas, mas caso isso não ocorra, devem valer definitivamente.

Contudo, essa conclusão é mitigada em algumas passagens da teoria de Alexy ao atribuir também às regras um certo caráter *prima facie*, apesar de distinto do dos princípios. De fato, a diferença no caráter *prima facie* dos princípios reside no fato de que as regras, para deixarem de serem cumpridas, necessitam que se insira uma cláusula de exceção. “Se isso ocorrer, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo¹⁸³”. Ainda sobre o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios, registra Alexy:

Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios formais”. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios, o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*¹⁸⁴.

¹⁸¹ DWORKIN, R., op. cit., 2010. p.46.

¹⁸² ALEXY, R., op. cit., 2011. p.104.

¹⁸³ Ibid., p.104.

¹⁸⁴ Ibid., p.105.

Alexy afirma também que princípios e regras são razões de natureza distintas. “Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões *definitivas*¹⁸⁵”. E mais adiante discorre o autor sobre o diferente caráter das regras e dos princípios como razões para juízos concretos de dever-ser:

Se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto – o que ocorre quando ela é válida, aplicável e infensa a exceções – então, ela é uma razão definitiva. Se o juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então esse direito é um direito definitivo. Princípios são, ao contrário, sempre razões *prima facie*. Isoladamente considerados, eles estabelecem apenas direitos *prima facie*.¹⁸⁶

Ocorre que as decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. Desse modo, faz-se necessário aplicar a “lei da colisão” aos princípios com o fito de que estes deixem de ser direitos *prima facie* e se tornem direitos definitivos. O resultado da aplicação da “lei de colisão”, como vimos, é a definição de uma regra (norma de direito fundamental atribuída), ou seja, uma razão definitiva para o juízo concreto de dever-ser¹⁸⁷.

As distinções entre regras e princípios jurídicos propostas por Dworkin e Alexy, como se pode verificar, são muito semelhantes; distanciando-se somente quando não há o reconhecimento da distinção entre princípios e política feita por Dworkin, e quando a concepção alexyana confere às regras também um certo caráter *prima facie*, pois para o autor americano as normas-regras seriam sempre definitivas à medida que, se válidas, são aplicadas utilizando-se a regra do tudo ou nada (*all - or- nothing*).

A teoria de Robert Alexy desencadeou na doutrina uma série de debates e críticas, todavia, apesar disso, ela se tornou, pelo menos no nosso país, na concepção predominante na teoria constitucional contemporânea. Desse modo, analisar-se-á, sumariamente, as principais críticas formuladas a essa teoria pelo

¹⁸⁵ ALEXY, R., op. cit., 2011. p.106.

¹⁸⁶ Ibid., p.107-108.

¹⁸⁷ Ibid., p.108.

filósofo alemão Jürgen Habermas e pelo jurista Klaus Günter, e no cenário nacional por Humberto Ávila.

1.7.3.3. Objeções à teoria dos princípios

O próprio Alexy enumera as críticas endereçadas a sua teoria, para depois rebatê-las¹⁸⁸. Segundo ele, “a primeira linha crítica alega que o modelo de princípio baseado na tese da otimização retira força dos direitos fundamentais¹⁸⁹”.

Esta objeção foi formulada por Habermas, que Alexy denominou de “alerta para o perigo de uma insuficiência de direitos fundamentais¹⁹⁰”.

Para Habermas a proposta de Alexy consiste em interpretar os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade, e mais:

Essa interpretação vem ao encontro do discurso da “ponderação de valores”, corrente entre juristas, o qual, no entanto é frouxo. Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa realização concretizadora de valores¹⁹¹.

Para Habermas, portanto, o método usado por Alexy nas soluções de conflito é um método axiológico e aduz não ser possível confundir valores com normas. Cabe transcrever suas palavras:

¹⁸⁸ ALEXY, R., op. cit., 2011. p.575.

¹⁸⁹ Ibid., p.575.

¹⁹⁰ Ibid., p.576.

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia Entre facticidade e validade*. Vol I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 315.

Normas válidas obrigam seu destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim¹⁹².

Ainda acerca da distinção entre valores e normas, Habermas afirma:

Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, como no caso de proposições assertóricas, nós só podemos tomar posição dizendo “sim” ou “não”, ou abster-nos do juízo. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros; por isso, nosso assentimento a proposições valorativas pode ser maior ou menor¹⁹³.

Desta feita, Habermas e também Günter criticaram a concepção de Alexy, que equipara os princípios a comandos de otimização suscetíveis de ponderação, pois ela confundiria a argumentação deontológica, próprio à esfera de aplicação judicial do Direito, com a axiológica. No campo do Direito, os juízos axiológicos, segundo eles, caberiam exclusivamente ao legislador, no momento de elaboração das normas jurídicas, e não ao juiz por ocasião da sua aplicação. Nessa ótica, a ponderação judicial entre princípios não seriam nem compatível com a separação de poderes, nem com a ideia do Estado Democrático de Direito acarretando insegurança jurídica e arbítrio judicial¹⁹⁴.

Acerca do perigo de juízos irracionais, destaca Habermas: “Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina de ordem de valores e a toma como base da sua prática de decisão cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos¹⁹⁵”.

¹⁹² HABERMAS, J., op.cit., 2012. p.316.

¹⁹³ Ibid., p.316.

¹⁹⁴ SOUZA NETO, C.P.de; SARMENTO, D., op. cit., 2012. p.522-523.

¹⁹⁵ HABERMAS, J., op.cit., 2012. p. 321

Na sua obra “Teoria dos Princípios”, Bergmann Ávila também teceu relevantes considerações acerca das teorias aqui expostas. Aduz o autor que o seu trabalho tem como escopo manter a distinção entre princípios e regras, mas estruturá-la sob fundamentos diversos dos comumente utilizados pela doutrina¹⁹⁶.

Ávila delinea um panorama da evolução da distinção entre princípios e regras e agrupa em quatro grupos os principais critérios utilizados pela doutrina: a) caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto; b) modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*; c) relacionamento normativo, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles; d) fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para decisão a ser tomada¹⁹⁷.

O critério do caráter hipotético-condicional, para Ávila, não serve como critério distintivo entre as normas, eis que “qualquer norma pode ser reformulada de modo a possuir uma hipótese de incidência seguida de uma consequência¹⁹⁸”. E mais, continua o autor “em qualquer norma mesmo havendo uma hipótese seguida de uma consequência, há referência a fins”. Para ele, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética. Também afirma que os princípios possuem consequências normativas¹⁹⁹. E, conclui Ávila, o ponto decisivo é o tipo de prescrição de comportamentos e consequências²⁰⁰.

¹⁹⁶ ÁVILA, H., op. cit., 2007. p. 25.

¹⁹⁷ Ibid., p. 39.

¹⁹⁸ Ibid., p. 43.

¹⁹⁹ Ibid., p. 43.

²⁰⁰ Ibid., p. 43.

Em relação ao “critério do modo final de aplicação”, entende Ávila que não é adequado afirmar que as regras “possuem” de modo absoluto “tudo ou nada” da aplicação. Para ele, também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito às estruturas das normas, mas à sua aplicação; tanto princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados²⁰¹.

Nessa direção, assevera Bergmann Ávila:

A característica específica das regras (implementação de consequência predeterminada) só pode surgir após sua interpretação. Somente nesse momento é que podem ser compreendidas se e quais as consequências que, no caso de sua aplicação a um caso concreto, serão supostamente implementadas. Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método *tudo ou nada* de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas²⁰².

Desse modo, apenas com a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente tidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas, tanto as regras quanto os princípios se aproximam, ao invés de se estremarem. Portanto, para o autor, a única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação; e no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, pois eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica; no caso das regras as consequências são de logo percebidas, mesmo que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação²⁰³.

Acerca dessas considerações de Humberto Ávila, Virgílio Afonso da Silva entende que, nesse ponto, existe não somente uma imprecisão no uso do termo

²⁰¹ ÁVILA, H., op. cit., 2007. p. 47.

²⁰² Ibid., p. 48.

²⁰³ Ibid., p. 48.

“tudo ou nada” como sinônimo de “imediatez”, bem como a desconsideração da distinção entre norma e texto. Lembra o autor, portanto, que texto é apenas o enunciado linguístico, enquanto que a norma é o produto da interpretação deste enunciado. E que diante dessa distinção, o argumento de Ávila perde força, eis que tanto as regras quanto os princípios pressupõem uma interpretação prévia:

Diante da diferença entre texto e norma, o argumento de Ávila perde força. A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas e não entre dois tipos de textos. É por isso que tanto as regras, quanto os princípios pressupõem uma interpretação prévia. Isso não significa, contudo, que ambos tenham a mesma estrutura. Após a interpretação em sentido estrito, uma regra jurídica é já subsumível, enquanto que os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, nesse caso, que se proceda a um sopesamento para harmonizá-lo. Assim, “ser passível ou carente de interpretação” é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios. Mas “ser passível ou carente de sopesamento” é característica exclusiva dos princípios²⁰⁴.

No mesmo sentido Bustamante ao aduzir que o fato de que “só depois da interpretação de enunciado normativo é que podemos saber com certeza se estamos diante de uma regra ou de um princípio” não implica a ausência de uma distinção estrutural entre as duas espécies de normas²⁰⁵.

O critério do “conflito normativo”, segundo Ávila, também merece ser aperfeiçoado, visto que não é adequado afirmar que a ponderação é meio privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem dimensão de peso²⁰⁶. Explica que em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam sua validade, e a solução depende da atribuição de peso maior a uma delas²⁰⁷. Entende também o autor que as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; e que isso ocorre nas hipóteses de relação entre a

²⁰⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. 2003. p. 615.

²⁰⁵ BUSTAMANTE, Thomas. *Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem*. Direito, Estado e Sociedade: Revista do Departamento do Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, n.37, p.152-180, jul/dez. 2010. p. 154

²⁰⁶ ÁVILA, H., op. cit., 2007. p. 52.

²⁰⁷ Ibid., p. 52.

regra e suas exceções, estas podem estar previstas no ordenamento jurídico ou não²⁰⁸.

O relacionamento entre regras gerais e excepcionais e entre princípios que se imbricam não difere quanto à existência de ponderação de razões, mas quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta desta relação e quanto ao modo de ponderação, explica Bergmann Ávila:

No caso da relação entre regras gerais e regras excepcionais o aplicador, porque as hipóteses normativas estão entremostradas pelo significado preliminar do dispositivo, em razão de elemento descritivo das regras – possui menor e diferente âmbito de apreciação, já que deve delimitar o conteúdo normativo da hipótese se e enquanto esse for compatível com a finalidade que a sustenta; no caso do imbricamento entre princípios o aplicador – porque, em vez de descrição, há o estabelecimento de um estado de coisas a ser buscado – possui maior espaço de apreciação, na medida em que deve delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas²⁰⁹.

Assevera ainda Ávila que a dimensão de peso não é atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Isto é, a dimensão do peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador²¹⁰.

Em relação a essa afirmação de Ávila, Bustamante esclarece que a dimensão de peso é, se adotarmos, a distinção de Alexy, consequência da distinção lógico-estrutural entre princípios e regras, e não a sua causa como dá o autor a entender, e mais:

Por outro lado, não se trata a (dimensão de peso) somente um “juízo valorativo do aplicador”, mas decorre de um enunciado normativo que, por uma decisão do legislador, estatui diretamente fins, não estabelecendo imediatamente um comportamento devido. Contudo, Ávila tem parcial razão quanto à primeira parte de sua sentença, pois, ao invés de atributo empírico dos princípios, a dimensão de peso é um atributo lógico dos mesmos, que decorre do fato de os

²⁰⁸ ÁVILA, H., op. cit., 2007. p. 54.

²⁰⁹ Ibid., p.56.

²¹⁰ Ibid., p.59.

princípios, eles mesmos, serem razões contributivas para uma decisão (e não razões definitivas, como as regras)²¹¹.

Bergmann Ávila também rejeita a ideia de princípios como mandados de otimização, pois, para ele, nem sempre os princípios devem ser realizados na “máxima medida”. Segundo ele, as colisões entre princípios podem se dar de quatro maneiras: (a) a realização do fim instituído por um princípio leva à realização do fim determinado pelo outro (princípios interdependentes): nesse caso, não haveria que se falar em máxima medida, mas somente em realização na medida necessária; (b) a realização do fim instituído por um exclui a realização do fim determinado pelo outro: nesse caso, o problema só poderia ser solucionado com a rejeição de um dos princípios. Esse tipo de colisão seria, segundo ele, semelhante aos casos de conflito entre regras. Isso o leva a concluir que “a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas ‘no todo’ e os princípios só na ‘máxima medida’. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente²¹²”; (c) a realização do fim instituído por um só leva à realização de parte do fim determinado pelo outro; (d) a realização do fim instituído por um não interfere na realização do fim buscado pelo outro²¹³.

Analisando as quatro categorias propostas por Humberto Ávila, Virgílio Afonso da Silva entende que apenas se configura colisão de princípios a categoria descrita no item (b). Sobre esta hipótese, verbera Virgílio Afonso da Silva:

No caso em que Humberto Ávila classifica como colisão total entre princípios, a hipotética não-realização de um princípio em nada se aproxima à solução dada ao conflito entre regras, já que o princípio afastado não é considerado inválido e, por isso, não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico. O que ocorre é uma simples impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de um problema concreto, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio não afastado não possa ser aplicado e, mais

²¹¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol.12, p. 153-168, out/dez.2002. p.165.

²¹² ÁVILA, H., op. cit., 2007. p.63.

²¹³ *Ibid.*, p.62-63.

importante, que não possa até mesmo prevalecer àquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu a ele²¹⁴.

Bergmann Ávila também afirma que os princípios não são mandados de otimização, eis que não pode ser aplicado mais ou menos. Ou se otimiza ou não se otimiza. Portanto, o mandado de otimização diz respeito ao uso de um princípio: o conteúdo de um princípio deve ser otimizado no procedimento de ponderação²¹⁵.

1.8. O direito à proteção da saúde e à vida e a teoria dos princípios

O direito à proteção da saúde possui íntima conexão com o direito à vida. Esta é pressuposto para a fruição de todas as outras manifestações do direito à saúde. Desta feita o direito à vida teria precedência sobre os demais direitos individuais, já que é pressuposto para o exercício de outros direitos.

Ciarlini registra que, no Brasil, a ênfase presente na grande maioria das decisões prolatadas na seara do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde têm aplicabilidade imediata, diante da preponderância do direito à vida e da fundamentalidade das pretensões à saúde, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana²¹⁶.

Não só a jurisprudência nacional vincula o direito à saúde ao direito vida, mas, também, no direito comparado, pode-se citar os tribunais da Colômbia, Argentina, Alemanha e África do sul, Peru²¹⁷.

²¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais* 1(2003): 607-630. p.621.

²¹⁵ ÁVILA, H., op. cit., 2007. p.63.

²¹⁶ CIARLINI, Álvaro Luís de A. S. *Direito à Saúde. Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.39.

²¹⁷ No Brasil, as seguintes decisões AgR-RE 271286-8 RS. Min. Rel Celso de Mello, 12.09.2000, RE 195192-3 RS. Min. Rel. Marco Aurélio, 22.02.2000, RE 232335 RS. Min. Rel. Celso de Mello, 01.08.2000, SS 3741 CE. Min. Rel. Gilmar Mendes, 27.05.2009, todas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, e no Direito estrangeiro, na Corte Constitucional da República da Colômbia, as

A doutrina também tem reconhecido a força argumentativa nas ações envolvendo prestações de saúde quando se invoca o direito à vida²¹⁸.

Sarlet realça o elo entre o direito à proteção da saúde e o direito à vida com as seguintes palavras: “Não nos esqueçamos de que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu – evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida – uma vedação praticamente absoluta (salvo em caso de guerra regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc.XLVII, alínea a)²¹⁹”.

Ainda verbera Sarlet que pela relevância do direito à saúde sob o aspecto de garantia do próprio direito à vida:

Poder-se-á ter como certo que o direito à saúde, ainda que não tivesse sido reconhecido expressamente pelo Constituinte, assumiria a feição de direito fundamental implícito, a exemplo, aliás, do que ocorre em outras ordens constitucionais, como é o caso da Argentina, ao menos segundo parte da doutrina, e da Alemanha²²⁰.

O direito à proteção à saúde, como visto, consiste em direito fundamental social. Enquadra-se, portanto, na categoria normativa de princípio, isto é, em uma norma que tem como conteúdo um mandado de otimização de um dado valor num ordenamento jurídico, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Trata-se, assim, num direito *prima facie* a ser concretizado através de políticas públicas. Desse modo, enquanto princípio, o direito à proteção da saúde poderá ser concretizado em diversos graus, variando de acordo com as viabilidades fáticas, em especial a existência de recursos, e das possibilidades jurídicas, ou seja, da solução do conflito

ações de tutela T-749/2001, T-1123/2000, e T-760, esta última julgada em 31 de julho de 2008; na Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, mediante os recursos extraordinários 302:1284, de 06.11.1980, 310:112, de 27.01.1987, e 323:1339, de 01.06.2000; no Tribunal Constitucional do Peru, mediante as Ações de Amparo 3330-2004-AA/TC, julgada em 11.07.2005, e 2016-2004-AA/TC, julgada em 5.10.2004, no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, com decisão proferida pelo primeiro senado BvR 347/98, de dezembro de 2005; na Corte Constitucional da África do Sul, através do Landmark case CCT 8/02, julgado em 05.07.2002.

²¹⁸ Nesse caminho, Sarmento assevera “Nada obsta, contudo que os argumentos relacionados aos direitos individuais sejam empregados para reforçar a tutela dos direitos sociais – como tem ocorrido com frequência nas ações envolvendo prestações de saúde, através da invocação do direito à vida”, Cf. SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 193.

²¹⁹ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p.325.

²²⁰ Ibid., p.325.

com outros direitos. Enquanto regra, possui um comando definitivo a ser cumprido pelo Estado.

Os direitos sociais podem sofrer restrições, respeitado, entretanto, o núcleo essencial de cada um. É sabido que as limitações fáticas e jurídicas significam restrições ao direito à proteção da saúde. Todavia, cabe verificar os limites dessas restrições à luz do postulado da proporcionalidade, bem como analisar o conflito abstrato que pode advir do direito à saúde de uns e o direito à saúde de outros ou ainda entre o direito à proteção da saúde e os demais direitos sociais. Para a demarcação do conteúdo essencial do direito à saúde, que consiste na demarcação do direito definitivo à proteção da saúde não se pode olvidar também o estudo do conflito do direito à proteção da saúde com princípios constitucionais financeiros.

II. O DIREITO À PROTEÇÃO DA SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Analisar-se-á os direitos fundamentais sociais, entre os quais se encontra o direito à proteção da saúde, sob o enfoque da teoria dos princípios, que, como visto, apresenta diferentes níveis de vinculação relacionados às suas normas; as regras que implicam direitos definitivos, e os princípios que sugerem direitos *prima facie* a serem convertidos em direito subjetivos quando os princípios colidentes não exigirem outra coisa. Todavia, ao afirmar a existência de um direito tão somente *prima facie*, não se exclui a possibilidade da ocorrência do direito em definitivo.

No quadro dos direitos fundamentais sociais, a doutrina tem feito a distinção dos denominados “direitos originários a prestações” dos chamados “direitos derivados a prestações”. Nessa esteira, Cristina Queiroz leciona:

Os primeiros decorrem de prestações que se fundam directamente na Constituição. Os segundos encontram-se numa relação de dependência, em termos de conteúdo e dimensão, de acções estaduais ou procedimentos participativos a partir do seu fundamento na Constituição. Estes últimos, “direitos derivados a prestações” ou “direitos de quota-parte”, podem igualmente ser ordenados na base de um conteúdo defensivo, tal como os clássicos direitos de defesa²²¹.

Para Alexy, o “direito a prestações” é associado à ideia de um direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras pessoas privadas se dispusessem de meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente²²². Defende, todavia, o autor a necessidade de se estender esse conceito.

²²¹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.41.

²²² ALEXY, R., op. cit., 2011. p.442.

2.1. Os direitos a prestações em sentido amplo

Alexy utiliza uma divisão tripla dos direitos a prestações. E, aqui, o conceito de prestações será compreendido de forma ampla, no sentido de que todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação.

A primeira razão explicitada por Alexy para uma ampliação do conceito de “direito a prestações” consiste no fato de que, no caso de muitos dos assim chamados direitos fundamentais sociais, que são considerados direitos a prestações por excelência, há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas²²³. Ademais, as posições propostas ou alegadas podem dizer respeito a direitos *prima facie* ou a direitos definitivos²²⁴.

Já a segunda razão apontada pelo autor reside no fato de que os direitos a ações positivas compartilham problemas com os quais os direitos a ações negativas não se deparam, ou pelo menos com a mesma intensidade. Direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos. Mas eles não dizem nada sobre que objetivos devem ser perseguidos. Direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. Por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos. Sob uma Constituição que submete os direitos garantidos constitucionalmente a um amplo controle judicial de constitucionalidade esse problema é, em essência, um problema de repartição de competências entre o tribunal constitucional e o legislador. O fato de esse problema ser extensível a todos os direitos a ações estatais positivas é uma razão decisiva para agrupar todos eles sob a rubrica “direitos a prestações”.

Desse modo, a escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos através de normas de direito penal (Direitos à proteção), passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais (Direitos à

²²³ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 442-443.

²²⁴ Ibid., p.443.

organização e a procedimento) e alcança até prestações em dinheiro e outros bens (Direitos à prestação em sentido estrito)²²⁵.

Destaca-se a síntese de Cristina Queiroz acerca dos direitos à prestação em sentido amplo. Para ela, no tocante aos direitos fundamentais de proteção, a sua característica identificativa radica no bem fundamental a proteger, quer essa proteção resulte garantida através de medidas defensivas face a agressões provenientes dos poderes públicos, a agressões provenientes de outros cidadãos ou a agressões provenientes de sujeitos de direito internacional. Já os “direitos fundamentais sociais” garantem a liberdade fática. A liberdade jurídica mostra-se sem sentido quando na realidade não pode ser exercida. No que concerne aos “direitos fundamentais de organização e procedimento”, o seu núcleo identificativo radica na ideia de “processo” e/ou “procedimento”²²⁶.

Acerca dos direitos à organização e ao procedimento, os quais dependem, na sua concretização, de providências estatais com vista à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. Em relação ao direito à proteção da saúde, pode-se citar as disposições do art. 200 da Constituição Federal sobre as atribuições do Sistema Único de Saúde, como ações de vigilância sanitária e epidemiológica e de saúde do trabalhador (inciso II); ações de saneamento básico (IV); pesquisa (V); controle de qualidade de alimentos e bebidas (VI) e proteção do meio ambiente (VIII).

2.2. Os direitos a prestações em sentido estrito (Direitos fundamentais sociais)

Sobre as origens dos direitos sociais, Jorge Reis Novais afirma que a Revolução Russa se apresentou como alternativa radical ao modelo do Estado de Direito liberal, e sua concepção de direitos fundamentais afasta-se radicalmente dos

²²⁵ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 442.

²²⁶ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.49-50.

direitos fundamentais como direitos contra o Estado, fulcrados na autonomia individual, e substitui essa concepção burguesa por um programa de funcionalização integral do exercício dos direitos fundamentais às orientações e aos interesses de consolidação do regime político e do poder estatal vigentes. Para o autor, essa funcionalização estatal dos direitos seria a verdadeira marca da concepção dita socialista dos direitos fundamentais²²⁷.

Todavia, a afirmação proclamatória, pela positiva, de uma nova concepção dos direitos do homem, que seriam verdadeira liberdades dos trabalhadores outorgadas pelo Estado soviético, foi tida como a grande inovação, que se estabilizaria, a partir da Constituição estalinista de 1936, o novo discurso constitucional soviético dos direitos fundamentais²²⁸.

Desse modo, como não existem direitos contra si próprios, afirma o autor português que também não haveria, consoante essa nova concepção, direitos dos trabalhadores contra um Estado que agora e pela primeira vez na história, seria *seu*, dos trabalhadores²²⁹. Direitos seriam realizados através do Estado; uma verdadeira comunhão entre o cidadão trabalhador e o *seu* Estado se manifestava a pretensa superioridade do Estado proletário relativamente ao Estado burguês e consequentemente a superioridade dos direitos sociais relativamente aos direitos de liberdade²³⁰. Havia, nessa época uma verdadeira competição ideal entre os dois modelos alternativos de organização e concepção de Estado.

Cabe destacar, outrossim, que a defesa dos direitos sociais em detrimento dos direitos de liberdade foi assumida, ainda que por fundamentos diversos, pelos regimes autocráticos conservadores, Jorge Reis Novais cita, como exemplo, a Constituição Portuguesa de 1933²³¹.

Todavia, foi com o Estado social e democrático de Direito continuador do Estado de Direito liberal que houve uma conjugação entre direitos sociais e direitos de liberdade, e não mais contraposição. Seguindo essa tendência, destaca-se a

²²⁷ NOVAIS, J.R. op. cit., 2010. p. 18.

²²⁸ Ibid., p. 18.

²²⁹ Ibid., p. 18.

²³⁰ Ibid., p. 18.

²³¹ Ibid., p. 19.

Constituição de Weimar, que incorporou os ideais de solidariedade, igualdade e justiça social, bem como os valores da liberdade e da autonomia individual.

O fim dos direitos sociais, como direitos a prestações, consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades, razão pela qual podem ser enquadrados naquilo que se denominou de *status positivus socialis*²³².

Alexy elenca alguns argumentos favoráveis aos direitos sociais. O argumento principal, segundo ele, está calcado na liberdade, ou seja, a liberdade jurídica só tem valor se houver liberdade fática (real), ou seja, a liberdade só é real para aquele que tem condições para exercê-la, os bens materiais e intelectuais que são pressupostos da autodeterminação. E, nas sociedades modernas industriais, a liberdade depende basicamente das prestações estatais²³³. Alexy ainda aduz que, pelo fato da liberdade fática ser importante para o indivíduo, deve ser garantida diretamente pelos direitos fundamentais. Ao lado do aspecto formal, Alexy não olvida o aspecto substancial, ou seja, o importante papel dos direitos sociais para a promoção do livre desenvolvimento da pessoa humana.²³⁴

Assim, os direitos sociais estão agora calcados não somente no ideal de construção de uma sociedade superior, de índole socialista, mas num espectro mais amplo que, hodiernamente, vai desde o programa de realização de uma sociedade mais justa, influenciados por valores da solidariedade cristã ou consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana, até ao simples pragmatismo de uma racionalidade econômica utilitarista²³⁵.

Anota Jorge Reis Novais, contudo, que não importa a motivação e a sustentação ideológica que vem associada aos direitos sociais, há sempre um forte cunho político e de luta política na defesa dos direitos sociais. E mais adiante aduz o autor que essa impregnação política é natural, na medida que os direitos sociais se orientam necessariamente para a exigência e atuação do Estado enquanto fornecedor de prestações fáticas de natureza econômica e social, e por isso as

²³² SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 283.

²³³ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 504.

²³⁴ Ibid., p. 506.

²³⁵ NOVAIS, J.R. op. cit., 2010. p. 22.

diferentes concepções políticas e ideológicas se confrontam sobre temas políticos como as funções do Estado, as relações do Estado com a busca da justiça social ou a sua posição face à autonomia individual²³⁶. Consequentemente, a posição que cada uma sustenta em relação a essas questões políticas vai se refletir na sua relação com a defesa dos direitos sociais.

Nessa linha, Alexy afirma que:

A polêmica sobre os direitos a prestações é marcada por uma profunda divergência de opiniões acerca da natureza e da função do Estado, do Direito e da Constituição – e também dos direitos fundamentais –, bem como acerca da percepção da atual situação da sociedade”. Visto que essa polêmica se relaciona, entre outros, a problemas distributivos, seu “caráter politicamente explosivo” é facilmente compreensível. Em quase nenhuma área a conexão entre o efeito jurídico e as valorações práticas gerais ou políticas é tão clara, em quase nenhum campo a polêmica é tão tenaz²³⁷.

Diante dessas considerações, para Alexy, é natural que se fale “de uma ‘mudança na compreensão dos direitos fundamentais’ e que se clame por uma ‘desdemonização, uma desideologização e uma desemocionalização do conceito de direitos fundamentais sociais’²³⁸”.

É importante, como bem lembra Jorge Reis Novais, não deixar que essa forte dimensão política dos direitos sociais obscureça as distinções entre os dois domínios. Isto é, a possibilidade de consideração dos direitos sociais como problema político ou como problema jurídico, nem, confundir os argumentos adequados à sua defesa e contestação numa ou noutra seara²³⁹.

Os direitos a prestação em sentido estrito são para Alexy direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Diferencia o autor no interior da classe dos direitos

²³⁶ NOVAIS, J.R. op. cit., 2010. p.23.

²³⁷ ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 499.

²³⁸ Ibid., p. 441.

²³⁹ NOVAIS, J.R. op. cit., 2010, p.23.

fundamentais sociais, aqueles expressamente garantidos e aqueles atribuídos por meio de interpretação²⁴⁰.

Para Alexy, as normas a serem atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica “direitos fundamentais sociais” são de tipos os mais diversos. A partir de pontos de vista teórico-estruturais, elas podem ser diferenciadas com base em três critérios. Em primeiro lugar, pode-se tratar de normas que garantam direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o Estado de forma objetiva. Em segundo lugar, elas podem ser normas vinculantes ou não vinculantes – neste último sentido, seriam elas enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada como “vinculante” se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal. As normas podem, por fim, fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios²⁴¹.

Aqui, importante destacar que a Constituição alemã, com raras exceções, não possui direitos fundamentais sociais formulados de forma expressa, todavia, ainda assim, discute-se, se, e em caso afirmativo, quais direitos fundamentais sociais são por ela garantidos²⁴².

Adverte-se, contudo, que no direito comparado a temática dos direitos fundamentais sociais confronta-se com obstáculos que não estão presentes em nossa realidade, mormente por não estarem previstos expressamente ou não lhes conferirem a eficácia plena²⁴³.

Com efeito, o entendimento dos direitos sociais a prestações varia conforme os ordenamentos jurídicos, são encarados como princípios políticos, como normas

²⁴⁰ ALEXY, R., op. cit., 2011, p. 499.

²⁴¹ Ibid., p. 500-501.

²⁴² Alexy registra “Baseando-se apenas no texto da constituição alemã, é possível encontrar como formulação explícita de um direito fundamental social no sentido de um direito subjetivo a uma prestação apenas o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade (art. 6º, § 4º, da Constituição alemã)”, Cf. ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 434.

²⁴³ Sobre essas ordens jurídicas Jorge Reis Novais aduz “Saber se os direitos sociais devem ser tidos e reconhecidos juridicamente como direitos fundamentais em ordens constitucionais como a Alemanha, os Estados Unidos da América ou a Espanha – que não acolhem os direitos sociais na Constituição ou que os acolhem, mas não com o alcance e natureza de direitos fundamentais – pressupõe, em primeiro lugar, identificar as razões materiais que conduziram à consagração constitucional dos direitos fundamentais, e em segundo lugar, a consequente indagação de uma eventual analogia que permita, mesmo no silêncio da Constituição, aplicar aos direitos sociais o mesmo regime de proteção constitucional”, Cf. NOVAIS, J.R. op. cit., 2010. p.252.

programáticas, como preceitos indicadores de fins do Estado, como princípios jurídicos, como normas organizatórias, como garantias institucionais ou, mais raramente, como direitos subjetivos públicos²⁴⁴.

Cabe destacar que as constituições de alguns países, como Irlanda²⁴⁵ e Índia²⁴⁶, prescreveram direitos sociais sob a forma de princípios diretivos que devem guiar o processo político, vedando, contudo, a sua tutela judicial²⁴⁷.

2.2.1. A exigibilidade dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos

Aduz Vieira de Andrade que a doutrina enfrenta com certa cautela a teoria dos direitos sociais como direitos subjetivos públicos, eis que esses foram uma categoria elaborada pela dogmática juspublicista para limitar a intervenção do Estado, enquanto os direitos sociais são cláusulas que objetivam impor e estabelecer fins para sua atuação²⁴⁸. E, desse modo, entende a maioria dos autores portugueses.

Para Vieira de Andrade, na Constituição portuguesa, as normas que preveem os direitos (sociais) a prestações são normas impositivas de legislação, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque objetivam, primeiramente, indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos²⁴⁹. Ressalva o autor

²⁴⁴ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p.387.

²⁴⁵ Art. 45 da Constituição irlandesa de 1937.

²⁴⁶ Sobre a insindicabilidade desses princípios diretivos, discorre Daniel Sarmiento, “A Constituição da Índia de 1950 contém uma lista de princípios diretivos, que estabelecem uma agenda de promoção de direitos sociais e desigualdade material. Contudo, ela determinou expressamente no seu art. 38 (1) a insindicabilidade destes princípios. Porém, a partir da década de 80, a Suprema Corte da Índia construiu um caminho alternativo para conferir alguma proteção aos direitos sociais: uma leitura ampla e generosa dos direitos à vida e à liberdade pessoal, que são plenamente suscetíveis de controle jurisdicional naquele país. A partir daí, reconheceu alguma margem de exigibilidade judicial para os direitos à educação, saúde, abrigo, alimentação, água etc.”, cf. SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 186.

²⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 186.

²⁴⁸ PEREZ LUÑO, António-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 5ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 1993. p. 186.

²⁴⁹ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p.387.

português que as normas consagradores de direitos sociais na Constituição do seu país não são normas meramente programáticas, no sentido de simplesmente proclamatórias, pois têm força jurídica e vinculam os poderes públicos, impondo-lhes autênticos deveres de legislação; e também não se tratam de normas de caráter meramente organizatória, já que ao impor tarefas com certa finalidade, a Constituição fornece critérios para determinação do conteúdo mínimo dos interesses dos beneficiários, que, sendo individualizáveis, podem constituir posições jurídicas subjetivas referíveis ao plano constitucional²⁵⁰.

Essas tarefas ou incumbências não estão, em regra, suficientemente determinadas pela Constituição para vincularem imediatamente os poderes públicos para além desse mínimo; o que requer uma atuação legislativa para definição do conteúdo das prestações que constituem o direito. Por essa razão, entende Vieira de Andrade que só assim se poderia falar em direitos subjetivos certos. Por isso, os preceitos constitucionais respectivos não são diretamente aplicáveis sem intervenção legislativa, muito menos constituem preceitos exequíveis por si mesmos²⁵¹. Desta feita, o autor português entende que os direitos sociais não se constituem em direitos subjetivos perfeitos, por não ser determinável *a priori* o seu conteúdo normal; vez que só com a emissão da legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa é que os direitos sociais se consolidarão como direitos subjetivos plenos. Todavia, decide designar os direitos a prestações por *pretensões jurídicas*, querendo dessa maneira somente significar que são mais que interesses juridicamente protegidos, porque visam em primeira linha a satisfação de bens ou interesses do particular²⁵².

Por sua vez, Canotilho assevera que os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas. Reconhece, outrossim, que a operatividade prática dos direitos sociais diverge, em muitos casos, da operatividade dos direitos, liberdades e garantias, eis que as normas

²⁵⁰ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p.387.

²⁵¹ Ibid., p.388.

²⁵² Ibid., p.391.

constitucionais consagradoras de direitos sociais modelam a dimensão objetiva de duas formas: imposições legiferantes e fornecimento de prestações aos cidadãos²⁵³.

Sarmiento não considera viável entender os direitos sociais, ou pelo menos, a maioria deles, como direitos subjetivos definitivos. Pontua o autor que esta possibilidade deve ser afastada face ao reconhecimento da escassez de recursos e da existência de diferentes formas de efetivação dos direitos sociais, assim como da primazia do legislador para adoção das decisões competentes acerca do que deve ser priorizado e sobre como deve ser realizado cada direito. Para ele, tal primazia está consubstanciada no princípio democrático e na separação de poderes. E, mais adiante, aduz o autor que não basta que alguém precise de um tratamento de saúde para que se conclua, num singelo silogismo, sobre a existência de um dever incondicional do Estado, judicialmente exigível, de proporcioná-los²⁵⁴.

No tocante aos direitos sociais como problema jurídico-constitucional surgem as seguintes indagações:

Se uma Constituição acolhe os direitos sociais, seja como tarefas do Estado, seja, sobretudo, como direitos fundamentais, que consequências terá essa opção na ordem jurídica e na vida jurídica dos cidadãos? Que deveres jurídicos daí resultam para os poderes públicos e que direitos, se é que alguns, daí decorrem para os cidadãos? E relativamente a uns e outros, quais as margens de competências que passam a caber a legislador, administração e poder judicial na respectiva realização?²⁵⁵

Retornando à questão de invasão do espaço jurídico por argumentos políticos, delinea Reis Novais²⁵⁶ uma teia insolúvel de conflitos. Afirma o autor que mesmo no caso de consenso suficientemente generalizado quanto à bondade dos direitos sociais, e se chega a um acordo, político, sobre o objetivo final, logo, haverá um desacordo quanto aos meios para o atingir, “o que redonda invariavelmente no enredar da discussão numa teia irresolúvel de conflitos e divergências públicas

²⁵³ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p.476.

²⁵⁴ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 194.

²⁵⁵ NOVAIS, J.R. op. cit., 2010. p. 23-24.

²⁵⁶ Jorge Reis Novais aduz que “Essa incapacidade estrutural de um *approach* político do problema jurídico dos direitos sociais é particularmente manifesta em experiências onde a realização prática dos direitos sociais apresenta, precisamente, uma maior urgência, mas também maior conflitualidade, como é o caso do Brasil ou da África do Sul”, Cf. NOVAIS, J.R. op. cit., 2010. p.25.

absolutamente incapaz de produzir quaisquer resultados partilháveis em termos de resolução dos problemas jurídicos suscitados pelo direitos sociais²⁵⁷”.

Do ponto de vista de Reis Novais, o problema jurídico-constitucional dos direitos sociais em Constituições que, como a portuguesa ou a brasileira, os reconheceram e consagram como direitos fundamentais, tem que ser solucionado no domínio jurídico, no domínio da dogmática de direitos fundamentais.

Para Jorge Reis Novais, ser um direito fundamental significa, em um Estado constitucional de Direito

ter uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas, que no domínio das relações gerais entre o Estado e o indivíduo, elevam o bem, a posição ou a situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico constitucional à actuação dos poderes públicos. Significa, por outro lado, já no plano das relações entre os poderes públicos, que os bens, posições ou situações tuteladas pelos direitos fundamentais são retirados da plena disponibilidade decisória do poder político democrático, sendo a sua garantia atribuída, em última análise, ao poder judicial, designadamente à justiça constitucional²⁵⁸.

Aqui, cabe destacar que a Constituição Portuguesa de 1976 foi pioneira e inovadora no processo de jusfundamentalização dos direitos sociais no quadro de um Estado social e democrático de Direito. Apesar disso, o tratamento dado aos direitos sociais pela doutrina e jurisprudência portuguesas tem sido de mera proclamação política²⁵⁹.

Assim, os direitos sociais no Estado de Direito dos nossos dias são hoje amplamente tidos como direitos fundamentais por força da sua relevância material, enquanto exigências concretizadas, ou a concretizar, da dignidade da pessoa humana e, nos Estados constitucionais que assim o decidiram, por força do reconhecimento dessa qualidade por parte da Constituição.

O “problema” dos direitos sociais é, antes, uma questão competencial ou de separação de poderes: uma vez reconhecidos, mais ou menos controversamente,

²⁵⁷ NOVAIS, J.R. op. cit., 2010. p. 25.

²⁵⁸ Ibid., p. 251.

²⁵⁹ Ibid., p. 9.

como verdadeiros direitos fundamentais, coloca-se a questão decisiva de saber quem compete fixar o seu comando normativo definitivo, a quem cabe a última palavra sobre o seu sentido, o seu conteúdo e alcance.

Com efeito, Alexy, ao discorrer acerca das objeções contra os direitos fundamentais sociais elenca dois argumentos complexos, um formal e um substancial. O argumento formal consiste em que se os direitos fundamentais sociais são vinculantes, eles deslocam a política social da competência parlamentar para a competência do tribunal constitucional. O ponto de partida desse argumento, segundo Alexy, é a tese de que os direitos fundamentais sociais ou não são justiciáveis ou o são em pequena medida, diante do fato de que os objetos da maioria dos direitos fundamentais sociais são extremamente indeterminados²⁶⁰.

Ocorre que essas dificuldades na definição do exato conteúdo de direitos bem como a precisa determinação de conceitos dos mais indeterminados não são tarefas estranhas para a jurisprudência e para a Ciência do Direito. Por essa razão, ao lado da indefinição semântica e estrutural dos direitos fundamentais sociais, a tese do déficit de justiciabilidade tem que agregar uma outra forma de indefinição: a impossibilidade de se chegar, com os meios específicos do direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados abstratamente²⁶¹.

A tese do déficit de justiciabilidade tem que sustentar que o direito não fornece critérios suficientes para tanto. Por que, se o direito não fornece esses critérios suficientes, então a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais é uma tarefa de política. E isso significaria, consoante os princípios da separação de poderes e da democracia, que a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais estaria inserida não na competência dos tribunais, mas na do “legislador diretamente legitimado pelo povo”. A partir dessa ideia, no âmbito dos direitos fundamentais sociais, os tribunais poderiam decidir só se o legislador já tiver decidido²⁶².

²⁶⁰ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 507.

²⁶¹ Ibid., p. 507.

²⁶² Ibid., p. 507.

Aduz ainda Alexy que o argumento da competência ganha relevo diante dos efeitos financeiros do direitos fundamentais sociais. Diante dos elevados custos financeiros associados à sua realização, a existência dos direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente levaria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária. Daí o Tribunal Constitucional “teria que controlar o respeito a essa determinação, a política orçamentária ficaria em grande medida nas mãos do tribunal constitucional, o que é incompatível com a Constituição²⁶³”. E, nesse ponto, estar-se-ia diante de um dilema, pois sustentar a ausência de vinculação das normas que veiculam direitos sociais seria inconciliável com a eficácia imediata que a Constituição lhes atribui.

O argumento substancial desfavorável aos direitos sociais indicado por Alexy considera que os mesmos colidem com normas constitucionais materiais de liberdade, pois para que haja a efetivação dos direitos sociais faz-se necessária a tributação. Segundo Alexy, “todos os direitos fundamentais sociais são extremamente custosos. Para a realização dos direitos fundamentais sociais o Estado pode apenas distribuir aquilo que recebe dos outros, por exemplo na forma de impostos e taxas²⁶⁴”. Aqui, existiria, portanto, a colisão entre os direitos fundamentais sócias de uns e os direitos de liberdade de outros titulares, como também o conflito entre os direitos de liberdade e os direitos sociais do mesmo titular.

Em relação ao custo dos direitos, Virgílio Afonso da Silva diverge de algumas posições²⁶⁵ que afirmam que não haveria como diferenciar direitos civis e políticos dos direitos sociais com base na dicotomia “fazer”/“não fazer”, já que, de alguma maneira, todos os direitos são sempre direitos positivos, no sentido de que todos requerem medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação de recursos materiais e humanos para a sua realização e proteção. O autor indaga qual seria a razão, então, de os direitos civis e políticos serem efetivamente realizados, e os direitos sociais, por sua vez, não passarem de promessa constitucional. Para ele, os direitos sociais distinguem-se, sim, dos direitos

²⁶³ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 508.

²⁶⁴ Ibid., p. 510.

²⁶⁵ Cf. HOLMES, Stephen, SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W.W. Norton & Company: New York, 1999.

civis e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe, a despeito de reputar correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, entende que a realização dos direitos sociais custa ainda mais dinheiro²⁶⁶.

Acerca dos custos dos direitos sociais, em especial dos custos com direitos a cuidados de saúde ou cuidados voltados à saúde²⁶⁷, Gustavo Amaral assevera:

Não cabe tratar tal direito como se fosse um direito clássico. Há um elemento perturbador que é a competição por recursos escassos. Atender alguém é consumir recursos finitos do que pode resultar, ao final, que escolher quem atender é também escolher quem não atender²⁶⁸.

A título ilustrativo, destaca-se o artigo 27 da Constituição da África do Sul que garante a todos o direito à saúde, incluindo cuidados reprodutivos. Mas, também dispõe esse artigo que o Estado deve tomar medidas justas, dentro de sua disponibilidade de recursos, para alcançar a progressiva realização de cada um desses direitos²⁶⁹.

Verifica-se, assim, que a “luta não é mais pela codificação de direitos, mas sim pela sua efetividade, por uma leitura madura que otimize os recursos

²⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso. “O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”, in: Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmiento. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599.

²⁶⁷ Explicita Gustavo Amaral a razão de utilizar a terminologia “direitos a cuidados de saúde” ao invés de direito à saúde: “Em vários momentos fazemos referência ao “chamado ‘direito à saúde’”. A nosso ver terminologia é equivocada. Nomear o direito como ‘à saúde’ faz lembrar a crítica jocosa de Roberto Campos, que disse certa vez que ‘direito à saúde’ deveria ser invocado em face do Criador. Não parece acertado ter direito a um resultado, ‘saúde’, ou a um estado, o de ‘saudável’, cuja permanência ao longo do tempo é a negação de um dos elementos da existência humana, a finitude. Parece-nos mais acertado falar de ‘direitos a cuidados de saúde’, já que se trata de um conjunto de medidas que busca garantir condições de saúde, não limitada a procedimentos médicos ou a tratamentos farmacêuticos. Contudo a expressão ‘direito à saúde’ é de largo uso”, cf. AMARAL, Gustavo. *Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de Cada Um: Reflexões para a Transição da Práxis Judiciária*. In: O CNJ e os desafios da efetivação do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p.81

²⁶⁸ *Ibid.*, p.97-98.

²⁶⁹ Art. 27 da Constituição da África do Sul: “1. Todos têm o direito a ter acesso a: (a) serviços de saúde, incluindo de saúde reprodutiva; (b) água e comida suficientes; e (c) seguro social e, caso a pessoa não tenha condições de sustentar a si própria e a seus dependentes, tem direito à assistência social apropriada. 2. O Estado deve tomar medidas justas, dentro de sua disponibilidade de recursos para alcançar a progressiva realização de cada um desses direitos. 3. A ninguém pode ser negado o tratamento médico de emergência.

orçamentários existentes dos direitos sociais, em geral, e do direito à saúde, em particular²⁷⁰.

2.2.2. Um modelo de direitos fundamentais proposto por Alexy e o mínimo existencial.

Alexy propõe um modelo de direitos fundamentais sociais que leva em consideração tanto os argumentos favoráveis quanto os contrários, tendo em vista tratar-se de argumentos de peso. Para ele, os direitos fundamentais sociais que o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípios. Assim, o modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem, todavia, oferece parâmetros para esta ponderação, diante dos quais o direito social estaria garantido definitivamente. Isto ocorrerá se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma urgente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais antagônicos (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) são afetados de maneira relativamente reduzida através da garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração²⁷¹.

Desta feita, o direito fundamental social definitivo é aquele que é essencial à promoção da liberdade fática (1) que pode ser garantido sem afetar seriamente os princípios colidentes, como o princípio da separação de poderes, o princípio democrático e princípios relacionados a direitos de terceiros (2). Portanto, diante de uma demanda embasada em um direito fundamental social previsto constitucionalmente, o Poder Judiciário deve fazer uma operação de sopesamento, para extrair do direito *prima facie* o direito definitivo.

²⁷⁰ LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário nº 06 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, org. Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. pp.(75/100), p.220.

²⁷¹ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 512.

Após expor as condições para um direito ser considerado definitivo, registra Alexy que, no caso dos direitos sociais mínimos, essas condições são necessariamente satisfeitas²⁷². Ou seja, quando estiver em causa o mínimo social ou vital, menor deverá ser a importância atribuída aos princípios contrários e mais o resultado da ponderação tenderá a pender para o lado da realização do direito social, o que, contudo, não restringe a ambição deste modelo de ponderação só à garantia desse mínimo.

Jorge Reis Novais compreende que o direito a um mínimo vital tenha sido jurisprudencialmente desenvolvido na Alemanha, em razão da ausência constitucional de direitos sociais estimular a busca de alternativas de garantia jurídico-constitucional dos interesses individuais que tais direitos visam proteger²⁷³.

Assim, a ideia de um direito ao mínimo existencial surgiu em decisão do Tribunal Federal Administrativo alemão em 1953, incorporando-se, posteriormente, na jurisprudência da Corte Constitucional daquele Estado, a partir da conjugação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, consagrados na Lei Fundamental germânica²⁷⁴.

A redução da relevância positiva dos direitos sociais a um mínimo deriva, por um lado, das dificuldades referentes à indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais, mas também a necessidade de lhes assegurar alguma força normativa condizente com essa sua natureza de direitos fundamentais que não deveria ficar vazia de qualquer conteúdo²⁷⁵.

Ao tratar do mínimo social, enquanto âmbito nuclear da proteção conferida pelos direitos sociais, Jorge Reis Novais faz a distinção entre mínimo existencial ou vital associado à garantia dos pressupostos mínimos de uma sobrevivência digna e o mínimo existencial sociocultural, que além de assegurar a sobrevivência condigna, objetiva garantir ao indivíduo um mínimo de inserção, como exigência mínima do

²⁷² ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 512.

²⁷³ NOVAIS, J.R. op. cit., 2010. p. 197.

²⁷⁴ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 205.

²⁷⁵ NOVAIS, J.R. op. cit., 2010. p. 191.

princípio do Estado social, do princípio da igualdade material ou da garantia fática dos próprios direitos de liberdade(nas Constituições sem direitos sociais)²⁷⁶.

Acerca da tensão entre mínimo existencial e direitos sociais versus os princípios orçamentários, Ricardo Lobo Torres aduz que, na realidade brasileira, há duas fases distintas no plano da legislação, da doutrina e da jurisprudência: a primeira, que se seguiu à promulgação da Constituição de 1988; eis que esta trouxe extensa enumeração dos direitos sociais nos art. 6º e 7º, incluindo-os na seção intitulada “Direitos Fundamentais”, que, segundo ele, não recebeu a complementação da lei ordinária; todavia, com a nova topografia constitucional, no nosso país, com longa tradição positivista, levou à preponderância da tese da assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais, na doutrina, na jurisprudência e nas definições de políticas públicas pela administração; no plano da doutrina passou a prevalecer a ideia de que os direitos sociais eram direitos a prestações originárias, por influência do constitucionalismo alemão de corte social-democrata das décadas de 50 a 70 e da obra do jurista português J.J. Gomes Canotilho, que defendia a ideia de uma Constituição Dirigente²⁷⁷, que definiria direitos a prestações originárias, que valeriam independentemente da *interpositio legislatoris*. Destaca ainda que a doutrina brasileira dos anos 80 passou a defender o primado dos direitos sociais e a sua plena efetividade. Registra Ricardo Lobo Torres, todavia, que, posteriormente, J.J. Gomes Canotilho modificou as suas opiniões básicas, que passou a reconhecer que os direitos sociais não são mais que pretensões legalmente reguladas.

A segunda fase apontada por Ricardo Lobo Torres corporificou-se a partir das mudanças constitucionais levadas a efeito no Governo Fernando Henrique e continuadas no Governo Lula; destaca o autor as emendas constitucionais nº 14/96 (educação pública e vinculação de receitas), nº 29/2000(vinculação de receitas da União, Estados e Municípios a ações e serviços públicos de saúde), nº 30/2000 (flexibilização do cumprimento de precatórios judiciais) e nº 31 (criação do Fundo

²⁷⁶ NOVAIS, J.R. op. cit., 2010. p. 195-196.

²⁷⁷ Sarmiento traz didático conceito de constituição dirigente “as constituições dirigentes contêm não apenas garantias da liberdade individual, mas também programas, metas e objetivos a serem executados pelo Estado e pela sociedade. São constituições típicas do Estado Social, que positivam direitos prestacionais e dispõem sobre a intervenção estatal no econômico. Nos textos constitucionais dirigentes, está descrito um estado ideal de coisas que o constituinte quer ver realizado no futuro”, Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.267.

de Combate e Erradicação de Pobreza) e 42 (Reforma Tributária, com autorização para vinculação de receita a programa de apoio à inclusão e promoção social – art. 204). Em relação, às leis ordinárias, registra o autor: a) a regulamentação do Sistema Único de Saúde (SUS) e da Agência Nacional da Saúde (Lei 8.080, de 19.9.90, e Lei 9961, de 28.01.2000); b) fornecimento de remédios para aidéticos (Lei Sarney: nº 9.313/96); c) regulamentação da assistência social (Lei 8.742, de 7.12.93); d) programa bolsa escola (Lei 10.219, de 11.04.01); e) estatuto do idoso (Lei nº 10.741, 01.10.03); f) renda básica de cidadania (Lei 10.835, 08.01.04); programa bolsa família (Lei 10.836, 09.01.04)²⁷⁸.

Diante de tais inovações, identifica o autor que a doutrina abandonou o positivismo sociológico e adotou a visão principiológica em que se destacam: a) a redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial e ao núcleo essencial dos direitos da justiça, o que exige a distinção entre direitos da liberdade e direitos econômicos e sociais de natureza contraprestacional, pois estes últimos só se metamorfoseiam em direitos de liberdade quando tocados pelos interesses fundamentais; b) a defesa da necessidade de implementação de políticas públicas pelo Legislativo e pela Administração, como caminho democrático para a afirmação de direitos sociais a ser trilhado com base na ponderação dos diversos interesses insuscetíveis de controle jurisdicional, que não se manifesta nas questões políticas; c) o equilíbrio entre os aspectos da liberdade e da justiça, que passa pela maximização do mínimo existencial e pela minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade; d) a possibilidade de superação do princípio da reserva orçamentária no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito à prestação estatal jusfundamental. Já a jurisprudência tem caminhado no sentido maximalista, dilargando o conceito de direitos fundamentais²⁷⁹.

Para Ricardo Lobo Torres, a diferença importante existente entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais é que aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão

²⁷⁸ TORRES, Lobo Ricardo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In* Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benett (Orgs). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 74-75.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 75.

do legislador, que pode ser orçamentária²⁸⁰. E, mais adiante, assevera o autor “os direitos econômicos e sociais, existem, portanto, sob a “reserva do possível” ou da “soberania orçamentária do legislador”, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da Administração. A pretensão do cidadão é a política pública e não à adjudicação individual de bens públicos. Já a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, já que a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao revés do que ocorre com os direitos sociais²⁸¹.

Todavia, registra Ricardo Lobo Torres que, a partir do Governo de Fernando Henrique Cardoso, algumas emendas constitucionais criaram vinculações das receitas da União, Estados e Municípios às despesas com a educação, a saúde e a pobreza e estabeleceram discriminações de despesa entre os três níveis de governo, sem, todavia, distinguirem entre direitos fundamentais e sociais. Tal fato, segundo o autor, aumentou a confusão entre mínimo existencial e direitos sociais, o que levou diretamente à judicialização da política orçamentária, notadamente pelas instâncias inferiores do Judiciário, que passaram a sacar da literalidade do texto constitucional a fonte de legitimação para a outorga individual das prestações estatais²⁸².

A demanda dos direitos sociais cresce nas épocas de crise econômica, justamente quando há pouco a distribuir, e se faz necessário estabelecer prioridades. Poderiam afirmar que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos, ainda que mínimos, tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional²⁸³. Contesta Alexy, todavia, essa objeção, ao dizer que não são todos os direitos sociais que são exigidos como direitos fundamentais mínimos²⁸⁴.

Outra objeção que poderia ser levantada contra o modelo aqui exposto, consoante antever Alexy, seria a de uma justiciabilidade deficiente. Entretanto, para

²⁸⁰ TORRES, L. R., OP. CIT., 2008. p. 80.

²⁸¹ Ibid., p. 81.

²⁸² Ibid., p. 81.

²⁸³ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 512.

²⁸⁴ Ibid., p. 513.

o autor essa limitação é a mesma que existe em relação aos demais direitos fundamentais tradicionais à luz da teoria dos princípios. E, mais, anota Alexy, que não é uma questão de redução na justiciabilidade do direito, pois quando o direito existe, ele é justiciável²⁸⁵.

Reforça Alex que o direito *prima facie* é um direito vinculante, e não um simples enunciado programático. E a cláusula de restrição desse direito, a “reserva do possível”, não tem como consequência um esvaziamento do direito, mas apenas demonstra a necessidade de sopesamento desse direito²⁸⁶.

Desta feita, consoante o modelo proposto, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática possui um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto, como é o caso dos direitos mínimos.

No tocante aos direitos *prima facie*, estes correspondem deveres *prima facie*, que possuem em face dos deveres estatais definitivos, um conteúdo claramente excedente. Para Alexy, “não pode ser objeto do controle saber se foi satisfeito tudo aquilo que o dever *prima facie* exige, mas tão somente se foi satisfeito aquilo que lhe resta, como dever definitivo, em face de deveres *prima facie* colidentes²⁸⁷”.

Esta teoria, que guiará o controle judicial do direito fundamental social do direito à proteção da saúde. Sobre o direito de proteção à saúde, o Ministro Gilmar Mendes, na STA nº 175/CE, que foi julgada em 17.03.2010, destacou que se trata de um direito subjetivo público²⁸⁸ assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Por conseguinte, não existe um direito absoluto a toda e qualquer

²⁸⁵ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 514.

²⁸⁶ Ibid., p. 515.

²⁸⁷ Ibid., p. 518.

²⁸⁸ José Reinaldo Lima Lopes entende que o direito à proteção da saúde consoante previsto na Constituição Federal Brasileira não é um direito público subjetivo: “Nos artigos 196 a 200 não consta que o direito à saúde seja direito subjetivo público, nem que haja responsabilidade da autoridade quando da falta ou insuficiência do serviço. Consta, no artigo 196, que o dever do Estado será: garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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”, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e direitos sociais. O dilema no Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIAS, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 113-145, p.125.

prestação de saúde com vistas à proteção, promoção e recuperação da saúde sem que exista uma política pública que lhe dê efetividade.

Nesse contexto, para resolver as demandas que postulam prestações de saúde o julgador deve analisar as bases constitucionais, e proceder à necessária ponderação em caso de colisão, sendo, portanto, as peculiaridades de cada caso decisivas para a resolução da lide²⁸⁹.

2.3. Contornos jurídicos do direito à proteção da saúde na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional

Pode-se afirmar que, no nosso país, o direito fundamental de proteção à saúde “nasceu” com a Constituição Federal de 1988, já que nesta foi incorporado esse direito ao catálogo de direitos fundamentais. Tal assertiva está em consonância com o entendimento de Ingo Sarlet que os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados²⁹⁰.

De fato, No Brasil, desde a década de 20 até a Constituição Federal de 1988, a assistência médica sempre esteve ligada à previdência social. O Sistema de Saúde no Brasil era desigual, pois a assistência pública à saúde era privilégio apenas dos trabalhadores assalariados, isto é, formalmente incluídos no mercado de trabalho e que contribuíam para a Previdência Social, enquanto os outros tinham que se contentar com o atendimento particular ou aquele disponibilizado pelas Santas Casas de Misericórdia, postos de saúde e hospitais universitários.

A partir da década de 70, e mais intensamente com a redemocratização, fortaleceu-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde, constituindo a assistência farmacêutica parte essencial, iniciado pelo “Movimento pela Reforma Sanitária Brasileira”, no qual os profissionais da saúde puderam denunciar as repercussões do modelo econômico sobre a saúde da

²⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.685.

²⁹⁰ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 35.

população e a irracionalidade do sistema de saúde existente na época. Esse movimento teve forte impacto na Assembleia Constituinte, tendo como resultado a criação do Sistema Único de Saúde. Portanto a atual Constituição Brasileira representa um marco quando se fala em direito à proteção da saúde, visto que lhe destinou um capítulo próprio e a partir dela, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria adstrita aos trabalhadores incluídos no mercado formal.

A Constituição Federal de 1988 também foi inovadora ao utilizar na epígrafe do Título II a expressão “Direitos e Garantias Fundamentais”, já que nas constituições anteriores utilizava-se a denominação “direitos e garantias individuais”²⁹¹. Constitui também uma novidade desta carta a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, imediatamente após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que segundo Sarlet traduz maior rigor lógico, eis que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica e vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais²⁹².

O Título II da nossa carta abrange todas as categorias de direitos fundamentais, nomeadamente direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V). Registra Sarlet que quanto à utilização da expressão “direitos fundamentais”, “nosso Constituinte se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo, de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo²⁹³”.

Todavia, não só de aplausos vive a nossa carta quanto ao catálogo dos direitos fundamentais, aponta-se como falhas do constituinte, a falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, de modo especial no que diz com a terminologia utilizada, o que revela contradições, ausência de tratamento lógico na matéria e ensejando problemas de ordem hermenêutica. Sarlet cita como exemplo a redação do caput do art. 5º, seguido dos 77 incisos, bem como do art. 6º, que

²⁹¹ SARLET, I.W., op. cit., 2011. p. 66.

²⁹² Ibid., p. 66.

²⁹³ Ibid., p. 28.

anuncia, genericamente, quais os direitos sociais básicos, sem qualquer explicitação relativamente ao seu conteúdo, que deverá ser buscada no capítulo da ordem econômica e, acima de tudo, da ordem social, suscitando sérias dúvidas sobre quais os dispositivos situados fora do Título II que efetivamente integram os direitos sociais²⁹⁴.

O direito à proteção da saúde foi elencado no art. 6º da Constituição Federal de 1988²⁹⁵ como um dos direitos sociais. A Carta Magna não faz diferença entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º CF/88). Portanto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais.

Em seguida, a Constituição Federal de 1988 trata da “Saúde” no título VIII - Da ordem social (Art. 196 a 200)²⁹⁶. O art. 196 do texto constitucional reza que a

²⁹⁴ SARLET, I.W. op .cit., 2011. p. 68.

²⁹⁵ 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”.

²⁹⁶ 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. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. 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 do 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 de 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 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 de 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

saúde é direito de todos e dever do Estado ser garantido o acesso universal e igualitário. O art. 198 institui o Sistema Único de Saúde – SUS- expõe suas diretrizes e critérios (descentralização, prioridade preventiva e participação da comunidade) e determina o seu financiamento pela seguridade social que, além da saúde compreende a previdência e a assistência social e ainda a repartição orçamentária entre os entes federados. A Constituição Federal (art. 200), determinou ao Sistema Único de Saúde, além de outras atribuições: Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos, bem como executar as ações de vigilância sanitária. O estudo de tais dispositivos constitucionais citados, artigos 196, 198 e 200, possuem maior relevância para a presente pesquisa.

A Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, chamada Lei orgânica da saúde, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. A lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. A lei nº 12.401 de 29 de abril de 2011, acrescentou oito artigos a Lei nº 8.080/90, bem como um novo capítulo “Da assistência

atuação. § 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias. § 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 no caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III – ordenar a formação de recursos humanos na área da saúde; IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V- incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle nutricional, bem como bebidas e águas para o consumo humano; VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde”. A Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012 dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo. A lei nº 6.360 de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos. Nesse quadro constitucional e infraconstitucional está inserido o direito à proteção da saúde.

Na decisão paradigmática proferida na STA 175, O Ministro Gilmar Mendes fragmentou e examinou cada um dos elementos contido no artigo 196 da Constituição Federal, a saber: (1) ‘direito de todos’ e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas” (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário’ (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Ao analisar o dispositivo retromencionado, especificamente o elemento “direito de todos” concluiu Gilmar Mendes que é possível identificar tanto um direito individual quanto um direito coletivo da saúde. Ressaltou o jurista que a dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE nº 271.286-8, “ao reconhecer o direito à saúde como direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional”. Mais adiante, advertiu o ministro que esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não haveria um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

A tutela jusfundamental da saúde efetiva-se também como dever fundamental. Desta feita, o objeto dos deveres fundamentais decorrentes do direito à proteção da saúde possui estreita relação com as diversas formas pelas quais esse direito é concretizado. Assim, identifica-se, uma dimensão defensiva, no dever de proteção da saúde, que se revela, por exemplo, pelas normas penais de proteção à

vida, à integridade física, à saúde pública²⁹⁷; e uma dimensão prestacional, no dever de promoção da saúde, concretizada pelas normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS²⁹⁸.

Extrai-se, assim, do art. 196 da Constituição Federal o dever fundamental de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. Esta é uma atribuição comum dos entes da federação, consoante o art. 23, II, da Constituição Federal.

O Ministro Gilmar Mendes destacou que o estudo do direito à proteção da saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à ausência de legislação específica. Em outras palavras, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados²⁹⁹.

A Constituição Federal adotou a sistemática preconizada pelo federalismo cooperativo, em que o Estado, permeado pelos compromissos de bem estar social, deve buscar a isonomia material e atuação conjunta para erradicação das grandes desigualdades sociais e econômicas³⁰⁰.

Destaca-se que a jurisprudência do STF é pacífica quanto à solidariedade dos entes federativos em matéria de saúde³⁰¹. A despeito dessa solidariedade,

²⁹⁷ Cf. Lei nº 9695, de 20 de agosto de 1998, incluiu na classificação dos delitos, considerados hediondos determinados crimes contra a saúde pública.

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor* n.67, 2008. p.125-172.

²⁹⁹ Extraído do voto do Ministro Gilmar Mendes. STF, AGRG na STA 175, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17-03-2010.

³⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.692.

³⁰¹ “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (STA nº 175/CE-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30/4/10). Nesse sentido, as recentes decisões monocráticas: AI nº 817.241/RS, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de

recentemente, a 1ª Seção do STJ, em decisão unânime, e em recurso repetitivo, entendeu não ser cabível o chamamento da União, quando um cidadão pleiteia um medicamento em face do Estado. Segundo o Ministro Relator, o inciso III, do artigo 77 do Código de Processo Civil (que admite o chamamento ao processo de todos os devedores solidários) não pode ser interpretado de forma extensiva, para alcançar prestação de entrega de coisa certa³⁰².

Essa atribuição de competência comum dos entes da federação não significa, para Roberto Barroso, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Para o ministro da Suprema Corte, isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais e municipais para realizar as mesmas tarefas³⁰³.

O direito à proteção da saúde será garantido mediante “políticas sociais e econômicas”. Fernando Aith destaca como políticas sociais referentes ao Direito Sanitário aquelas que “visam a redução dos riscos de doenças e de outros agravos à saúde”, ou as que têm como escopo assegurar o acesso igualitário da população às ações e serviços voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde³⁰⁴.

Para Aith, as políticas de saúde destinadas à proteção englobam as medidas preventivas, ou seja, as medidas que visam evitar riscos à saúde da população, inclusive destacadas no art. 198, II, da CF; já as políticas de recuperação da saúde envolvem as medidas necessárias para que, uma vez que o indivíduo esteja acometido de uma doença ou de um agravo à sua saúde, ele tenha acesso integral às ações e serviços necessários para a sua recuperação. Exemplos destas últimas,

14/10/10; RE nº 839.594/MG, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 3/3/11, e AI nº 732.582/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 17/3/11.

³⁰² REsp nº 1203244/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 09.04.2014.

³⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 876.

³⁰⁴ Fernando Aith exemplifica como políticas sociais referentes ao direito sanitário “as políticas de avaliação de indicadores de saúde; de educação em saúde e higiene; de educação alimentar; políticas de incentivo à pesquisa científica para a descoberta de tratamentos terapêuticos para doenças que acometem a população, como, por exemplo, a febre amarela ou a AIDS; ou ainda as políticas que busquem capacitar o cidadão a compreender quais os serviços e as ações públicas de saúde que estão a sua disposição e de sua família em caso de necessidade”, Cf. AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário. A proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 136.

Aith cita aquelas voltadas à organização de rede de atendimentos hospitalares e ambulatoriais, ou ao fornecimento de medicamentos ou, ainda, à organização do sistema nacional de transplantes de órgãos³⁰⁵.

A Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal³⁰⁶, trouxe a definição do que são as ações e os serviços de saúde, com a observância das disposições do art. 200 da Constituição Federal e art. 6º da Lei nº 8.080/90, utilizando-se de uma discriminação positiva, ou seja, indicando o que são serviços e ações de saúde e uma discriminação negativa, destacando o que em hipótese alguma pode ser considerado serviços e ações de saúde, nos seus artigos. 3º e 4º³⁰⁷.

³⁰⁵ AITH, Fernando. Curso de Direito Sanitário. A proteção do Direito à Saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 136.

³⁰⁶ A Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012 dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo.

³⁰⁷ Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080/90 de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui, estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a: I – vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária; II- atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais; III – capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS); IV – desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS; V – produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos; VI – saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar; VII – saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos; VIII – manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças; IX – investimento da rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde; X – remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais; XI – ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e XII – gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de: I – pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde; II – pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área; III – assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal; IV – merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º; V – saneamento básico, inclusive quanto às ações financeiras e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade; VI – limpeza urbana e remoção de resíduos; VII – preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais; VIII – ações de assistência social; IX – obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e X – ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de

A noção constitucional de “acesso universal” à saúde está relacionada com a implementação de políticas públicas redistributivas, algo que é de relevância no contexto social brasileiro de extrema desigualdade. A universalidade não poder ser afastada do acesso igualitário³⁰⁸.

Cabe destacar a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal, não considera que sejam despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas desembolsadas com “assistência à saúde que não atenda ao princípio do acesso universal” (art. 4º, III). Desta feita, é de extrema relevância a definição de “acesso universal” e a sua relação com o acesso individual a prestações de saúde.

Há quem questione a equiparação entre as noções de universalidade e gratuidade de atendimento e tratamento, ou seja, a universalidade dos serviços de saúde não traz como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa. A propósito, entende Sarlet que em termos de direitos sociais básicos, pode-se sustentar que a efetiva necessidade haverá de consistir em parâmetro a ser sopesado na avaliação da solicitada gratuidade de atendimento e tratamento no âmbito do SUS, incidindo nessa ponderação entre outros, os princípios da solidariedade, da subsidiariedade e da proporcionalidade. E mais:

Na verdade, parece razoável afirmar que o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde deve ser conectado com uma perspectiva substancial do princípio da isonomia (que impõe o tratamento desigual entre os desiguais e não significa direito a idênticas prestações para todas as pessoas irrestritamente), assimilada à noção mais corrente de equidade (no acesso e na distribuição dos recursos de saúde), assim como ao princípio da proporcionalidade (de modo a permitir a ponderação concreta dos interesses em jogo)³⁰⁹.

cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles de saúde.

³⁰⁸ NEVES, Marcelo. *Judiciário intensifica privilégios no acesso à saúde*. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2013-out-19/observatorio-constitucional-judiciario-intensifica-privilegios-acesso-saude]. Acesso em 28 de abril de 2014.

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor* n.67, 2008. p.125-172.

No direito comparado, o sistema de saúde em Portugal também é universal e possui caráter público, todavia o caráter público veio acompanhado de uma desvinculação de qualquer gratuidade, com a introdução das taxas moderadoras, além de também incorporar uma diversidade de subsistemas de saúde públicos e privados³¹⁰.

Anota Sarlet que, inicialmente, o texto constitucional português previa o acesso universal, igualitário e gratuito, mas depois vinculou o sistema às condições econômicas e sociais dos cidadãos³¹¹. Informa ainda o autor que essa alteração tinha sido antecipada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional lusitano, que, no Acórdão nº 330/89 – antes, portanto, da alteração formal da Constituição – admitira a fixação de “taxas moderadoras” para o acesso aos cuidados públicos de saúde. No Supremo Tribunal Federal a jurisprudência dominante com base no princípio da universalidade não analisa a hipossuficiência do paciente como um requisito necessário para o deferimento de prestações de saúde no SUS³¹².

Ainda acerca do acesso “universal e igualitário” às ações e aos serviços de saúde, cabe destacar a convocação de audiência pública, no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Dias Toffoli, relator do RE 581.488, sobre a chamada “diferença de classe” no internamento hospitalar pelo SUS, isto é, a possibilidade de melhoria no tipo de acomodação do paciente e a contratação de profissional de sua preferência mediante o pagamento da respectiva diferença.

É certo que a execução, a fiscalização e o controle dos serviços e ações de saúde são atribuições do poder público e que as atividades próprias a sua consecução devem ser realizadas por determinadas instituições jurídicas do Estado, a quem incumbe a promoção, proteção e recuperação da saúde. Esses objetivos, entretanto, devem ser buscados, em consonância com o art. 198 da Constituição

³¹⁰ ASENSI, Felipe Dutra. Saúde, Poder Judiciário e sociedade: Uma análise de Brasil e Portugal. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol.23, n.3, p.801-820, july/sep. 2013.

³¹¹ O artigo 64º do texto constitucional português, que inicialmente previa o acesso universal, igualitário e gratuito aos serviços de saúde, passou a estabelecer que “(...) o direito à proteção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições econômicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito (...)”.

³¹² O Supremo Tribunal Federal, ao se debruçar sobre a matéria referente ao fornecimento de medicamentos na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (decisão da Corte Especial no Agravo Regimental respectivo proferida em 17 de março de 2010, Relator o Ministro Gilmar Mendes), não considerou a hipossuficiência do paciente um requisito necessário para o deferimento de medicamentos pelo SUS.

Federal, através da adoção da descentralização, “direção única em cada esfera de governo”, do atendimento integral, “com prioridade para as atividades preventivas”, sem prejuízos dos serviços assistenciais”, da participação da comunidade e, por último, do financiamento permanente, “com vinculação de recursos orçamentários”.

A diretriz de descentralização com direção única em cada esfera de governo significa que, no âmbito da descentralização política do SUS, cada Município, cada Estado, o Distrito Federal e a União devem capacitar-se para a execução de atribuições relacionadas com a promoção, proteção e recuperação da saúde. Significa também que cada um desses entes federativos terá uma Direção única³¹³. O sistema da saúde é um sistema de “rede”, onde cada ente deverá colocar a sua parcela de serviço nessa rede.

O atendimento integral proclamado no texto constitucional como uma das diretrizes do sistema, compreende, prioritariamente, a adoção de atividades preventivas de proteção da saúde, sem, todavia, olvidar da necessária intervenção curativa. Acerca do atendimento integral, Marcelo Neves assevera que “é uma gritante deformação definir ‘atendimento integral’ como atendimento ilimitado³¹⁴”.

De fato, quanto à integralidade do atendimento, cabe ressaltar a existência de limites de ordem técnica e científica ao deferimento de certas prestações materiais baseadas em critérios de segurança e eficiência do tratamento dispensado que, em sentido mais amplo, reportam-se às noções de economicidade³¹⁵.

Pode-se afirmar que uma das grandes controvérsias quanto ao tema de direito de proteção à saúde consiste em definir o que seria “atendimento integral”, uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde. O art. 7º inciso II da Lei 8.080/90 dispõe “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo

³¹³ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário. A proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 356.

³¹⁴ NEVES, Marcelo. *Judiciário intensifica privilégios no acesso à saúde*. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2013-out-19/observatorio-constitucional-judiciario-intensifica-privilegios-acesso-saude]. Acesso em 28 de abril de 2014.

³¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor* n.67, 2008. p. 125-172.

das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

A Lei nº 8.080/90 também traz no seu artigo 6º, inciso I, alínea “d” a expressão “assistência terapêutica integral”, sem, contudo, defini-la. A lei nº 12.401, de 28 de Abril de 2011 acrescentou à Lei nº 8.080/90 o capítulo VIII, intitulado “Da assistência terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde”, inserindo naquele diploma legal os artigos 19-M a 19-U.

O dispositivo de maior relevância, sem dúvida, é o artigo 19-M que vem definir, para fins de regulamentação das ações e serviços de saúde desenvolvidos pela Administração Pública, aquilo que se deve compreender pela expressão “assistência terapêutica integral” contida no artigo 6º, inciso I, alínea “d” da Lei nº 8.080/90.

Extrai-se do referido dispositivo que a assistência terapêutica que o Estado está obrigado a prestar consiste na “dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P (inciso I). Este artigo, por sua vez, determina que “Na falta de protocolo clínico ou diretriz terapêutica, a dispensação será realizada a partir de relações instituídas, conforme a competência respectiva, pelos gestores federal, estaduais e municipais”. Portanto, agora, trata-se de regra constante em lei, e não mais somente em normas administrativas.

A referida lei originou-se do Senado e decorre da aprovação de substitutivo (Emenda nº 1 da CCJ) ao projeto de Lei do Senado – PLS nº 338 do Senador Flávio Arns, o qual tramitou em conjunto com PLS nº 219/07, de autoria Tião Viana. Da análise das justificativas dos projetos de lei e os pareceres oferecidos durante o processo legislativo deixam claro as preocupações com as consequências da judicialização da saúde no Brasil. Cuida-se, portanto, de legislação defensiva às decisões judiciais sobre a matéria, eis que traz uma limitação do conceito de assistência terapêutica integral àqueles tratamentos previstos nos protocolos do

SUS ou que constem das relações de medicamentos de quaisquer entes federativos.

Os que aplaudem a delimitação do conceito de integralidade recomendam a interpretação do artigo 196 em consonância com os artigos 198, que trata do financiamento e 200, que estabelece as competências no SUS, todos da Constituição Federal, e com as demais normas infraconstitucionais que regem o Sistema Único de Saúde. Portanto, o conceito de integralidade estaria condicionado às questões orçamentárias e às normas jurídicas que as disciplinam.

A outra diretriz constitucional que merece destaque é a participação da comunidade na formulação, gestão e execução das ações e dos serviços públicos de saúde³¹⁶, incluindo aí a normatização. O que Aith denominou de “Democracia Sanitária”, uma forma de gestão da saúde pública em que o poder político é exercido pelo povo³¹⁷.

No Brasil, no momento da constituinte, houve forte pressão dos movimentos sociais sanitaristas para a introdução de novos meios de participação popular na formulação, execução e fiscalização das políticas públicas de saúde. Assim, o art. 198 da Constituição Federal acolheu esse ideal de democratização dos espaços públicos, consagrando a participação da comunidade como diretriz do SUS, e, na mesma toada a Lei nº 8.080/90, e posteriormente a Lei nº 8.142/90.

A lei nº 8.142/90 criou duas instituições jurídicas importantes que institucionalizam a participação da comunidade no Sistema Único de Saúde (as Conferências e os Conselhos de Saúde), sem prejuízo da criação de outros mecanismos de participação da sociedade civil na gestão do sistema³¹⁸. A Conferência de Saúde reúne-se a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação da saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes. Já os Conselhos de Saúde funcionam em caráter permanente e deliberativo. São órgãos colegiados compostos por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de

³¹⁶ Cf. art. 7º da Lei 8.080/90.

³¹⁷ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário. A proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 155.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 357-358.

saúde e usuários, e atuam na formulação de estratégias e no controle de execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros³¹⁹. O Ministério Público Federal, inclusive, já ajuizou ação civil pública para que seja cumprida a legislação que assegura a participação dos Conselhos de Saúde no Sistema Único de Saúde (SUS), até porque os serviços e ações de saúde são de relevância pública conforme os ditames do art. 197 da CF³²⁰.

A citada lei nº 12.401, de 28 de Abril de 2011 que acrescentou à Lei nº 8.080/90 o capítulo VIII, intitulado “Da assistência terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde também prestigiou a participação popular no novo procedimento para “a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica”³²¹. Criou-se a Comissão Nacional de

³¹⁹ AITH, F., op. cit., 2007. p. 158.

³²⁰ Transcreve-se a notícia publicada na Revista Consultor Jurídico “O Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul ajuizou, na 5ª Vara Federal de Porto Alegre, [Ação Civil Pública](#) com pedido de antecipação de tutela para que seja cumprida a legislação que assegura a participação dos Conselhos de Saúde no Sistema Único de Saúde (SUS). A inicial, subscrita pela procuradora da República Suzete Bragagnolo, foi protocolada no dia 1º de fevereiro. Segundo o Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre, que forneceu subsídios à ACP, há evidências de que não vem sendo observada a necessidade de participação dos Conselhos de Saúde nos processos de decisão, implementação e prestação de contas destes serviços em todo o país, sobretudo em Porto Alegre. Um dos casos citados é o hospital Moinhos de Vento, que funciona sem acompanhamento e controle dos Conselhos de Saúde. O documento informa que a Associação Hospitalar Moinhos de Vento tem certificação de Entidade Beneficente de Assistência Social, o que a isenta de contribuições sociais, tendo como contrapartida a realização de projetos de apoio de desenvolvimento institucional do SUS. A ACP deixa bem claro, em seu conteúdo, que a Constituição Federal expressa, em seu artigo 198, que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes da descentralização, atendimento integral e participação da comunidade”. Afirma também que os Conselhos de Saúde atuam na formulação de estratégias e no controle da execução de política de saúde na instância correspondente, sendo de rigor a sua participação nas políticas públicas de forma ativa -- e não de maneira apenas formal. A peça inicial cita a legislação que implantou o Conselho Nacional de Saúde, o Decreto 5.839/2006, onde se determina que o mesmo deve “atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da Política Nacional de Saúde, na esfera do Governo Federal, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros”, bem como “acompanhar e controlar a atuação do setor privado na área da saúde, credenciado mediante contrato ou convênio”. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2013-fev-11/acao-civil-publica-mp-participacao-conselhos-saude-sus].

Acesso em: março de 2014.

³²¹ “Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. § 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina. § 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a

Incorporação de Tecnologia no SUS³²², que deverá assessorar o Ministério da Saúde nessas atribuições (art. 19-Q).

O procedimento trazido pela mencionada legislação para incorporação, exclusão ou alteração de medicamento deverá ocorrer mediante instauração de processo administrativo a requerimento de “interessado”, o qual terá duração máxima de cento e oitenta dias, prorrogável por noventa dias. (art. 19-R). Assim, qualquer cidadão, desde que cumpra as regras estabelecidas é legitimado para provocar a instauração desse processo administrativo. Ao longo do processo administrativo deve ser feita “consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS” (art. 19-R, III), bem como deve ser realizada audiência pública, “se a relevância da matéria justificar o evento” (art. 19-R, IV).

Essas características do procedimento de permanente atualização dos esquemas terapêuticos delineadas pela Lei nº 12.401/2011, sem dúvida, provocam a participação efetiva dos interessados no esforço de deliberação pública acerca da temática. E a Constituição Federal, como visto, adotou como atributo de legitimação das decisões que orientam a gestão do SUS, o acesso à participação social, em razão da importância de se buscar os anseios de seus destinatários sobre a definição das prestações de saúde a serem disponibilizadas, tendo em vista a limitação dos recursos disponíveis.

autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.” “Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem. § 1º O processo de que trata o caput deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais: I - apresentação pelo interessado dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2º do art. 19-Q; II - (VETADO); III - realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS; IV - realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento. § 2º (VETADO).”

³²² O Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011 dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS e dá outras providências.

2.3.1. Titularidade do direito à proteção da saúde

A questão da titularidade dos direitos sociais, e em especial do direito à proteção da saúde, consiste em importante aspecto quando se está diante de debates acerca da efetividade de tais direitos, ou seja, até que ponto a escolha por ações individuais ou coletivas assegura a efetividade do direito à proteção da saúde.

Ingo Sarlet³²³ destaca a distinção entre titulares e destinatários dos direitos e garantias fundamentais, enfatizando que a terminologia mais apropriada e que reflete a tendência dominante no cenário jurídico contemporâneo é a de titular de direitos fundamentais. O titular do direito, para o referido autor, na perspectiva subjetiva “é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva³²⁴”. E o destinatário é o obrigado, ou seja, “a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito³²⁵”.

Ao se falar em titularidade de direitos fundamentais, faz-se necessário discorrer a respeito de uma das características frequentemente conferida aos direitos fundamentais e que está intimamente relacionada com o princípio da igualdade, qual seja, a universalidade. Bonavides assinala que “a universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789³²⁶”. Acentua também o referido autor que “a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano³²⁷”, e mais adiante nos fala de uma “nova universalidade”, destacando a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948³²⁸.

³²³ SARLET, I.W., op.cit, 2011, p.208.

³²⁴ Ibid., p.208.

³²⁵ Ibid., p.208.

³²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.562.

³²⁷ Ibid., p.562.

³²⁸ Ibid., p.574: “A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.

Consoante o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais. Todavia, esse traço dos direitos fundamentais necessita ser bem compreendido, pois há direitos que são atribuídos a determinadas categorias de pessoas, e nem por isso existe uma incompatibilidade com esse princípio³²⁹.

Na Constituição Federal de 1988, apesar de não haver menção expressa à universalidade, visto que nos termos do contido no seu artigo 5º, caput, são titulares dos direitos e garantias fundamentais os brasileiros e estrangeiros residentes no país, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, da interpretação sistemática e da base antropológica dos direitos do homem, a doutrina e jurisprudência dominante defendem a recepção do princípio da universalidade no direito constitucional positivo brasileiro³³⁰.

No tocante ao direito de proteção à saúde, que se trata de um direito fundamental social, a Constituição Federal de 1988 aponta para uma concepção inclusiva, de acordo com o disposto no seu artigo 196, “a saúde é direito de todos e dever do Estado”.

Anota Sarlet que “a utilização do termo “todos”, não constitui indicativo de que a titularidade será necessariamente coletiva (transindividual), ainda mais no sentido de uma exclusão da titularidade individual³³¹”.

³²⁹ SARLET, I.W., op.cit, 2011, p.210: “É preciso enfatizar, por outro lado, que o princípio da universalidade não é incompatível com o fato de que nem mesmo os brasileiros e os estrangeiros residentes no País são titulares de todos os direitos sem qualquer distinção, já que direitos há que são atribuídos apenas a determinadas categorias de pessoas. Assim ocorre, por exemplo, com os direitos dos cônjuges, dos pais, dos filhos, dos trabalhadores, dos apenados, dos consumidores, tudo a demonstrar que há diversos fatores, permanentes ou vinculados a determinadas situações ou circunstâncias (como é o caso da situação familiar, da condição econômica, das condições físicas ou mentais, da idade, etc.) que determinam a definição de cada uma dessas categorias. Em suma, o que importa para efeitos de aplicação do princípio da universalidade, é que toda e qualquer pessoa que se encontre inserida em cada uma dessas categorias, seja em princípio titular dos respectivos direitos”.

³³⁰ Ibid., p.210.

³³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde*, in: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum ed., 2011. p.117-148.

Vieira de Andrade afirma que o direito subjetivo fundamental possui como elemento característico a sua individualidade³³². Assim entende o mestre português:

os direitos subjectivos fundamentais representam posições jurídicas individuais, embora em alguns casos e em certos aspectos eles possam ser diretamente encabeçados por pessoas coletivas privadas – neste caso estamos perante direitos subjectivos fundamentais por analogia, que devem ser considerados direitos atípicos³³³.

De outra banda, Fábio Konder Comparato defende a tese de que a titularidade dos direitos sociais seria apenas transindividual, eis que eles têm por objeto políticas públicas, e estas buscam proteger, prioritariamente, os grupos sociais despidos de poder, econômico ou político. E mais adiante afirma

A sua defesa, em juízo ou fora dele, por conseguinte, não pode ser deixada à livre iniciativa dos seus titulares, mas implica, necessariamente, a intervenção do Estado e a atuação de associações de interesse público, na qualidade de partes substitutas³³⁴.

Sobre essas controvérsias existentes na doutrina e jurisprudência, em especial acerca da titularidade do direito à proteção da saúde, Gustavo Amaral nos fala de um dicotomismo,

entre saúde direito de todos como a significar que se está em sede de políticas públicas puras, sem que haja direitos individuais, e saúde direito de cada um, como se possível fosse resolver a questão num silogismo simplista em que a premissa maior é que saúde é direito de todos e dever do Estado, a premissa menor é que fulano ou fulana necessita de cuidados médicos e a síntese é que logo, o Estado está obrigado a entregar seja-lá- o-que-for, custe o que custar.³³⁵

³³² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. p.133-134.

³³³ *Ibid.*, p.183.

³³⁴ COMPARATO, FÁBIO KONDER. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. p. 67-89.

³³⁵ AMARAL, Gustavo. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de Cada Um: Reflexões para a Transição da Práxis Judiciária. In: *O CNJ e os desafios da efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 82.

Roger Raupp Rios, no seu artigo intitulado “Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos” delinea elucidativo panorama acerca da estrutura normativa do direito de proteção à saúde, reafirmando a dupla condição do direito à proteção da saúde como direito individual e direito coletivo, conjugando com as suas dimensões (objetiva e subjetiva) e suas eficácias (originária e derivada)³³⁶.

A complexidade que envolve a interpretação do direito à proteção da saúde se deve à existência de diversos fatores entre eles à co-titularidade dos direitos sociais no tocante à sua concretização: a esfera coletiva e difusa coexiste com a individual.

2.3.2. O Financiamento do SUS

O financiamento do SUS está previsto no § 1º do art. 198 da Constituição Federal, que estabelece que esse será realizado por meio de recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes. O art. 55 do ADCT dispõe que “até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”.

³³⁶ RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Porto Alegre, n.48 : “1) o direito à saúde possui (A) dimensões objetiva (A.1) e subjetiva (A.2), tendo esta titularidade individual (A.2.1.) e transindividual (A.2.2.); 2) em sua dimensão objetiva (A.1.), pode ser objeto de proteção judicial pelos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça dos Estados, sendo a legitimação processual ativa definida na Constituição, objetivando a defesa do direito constitucional à saúde em si mesmo; 3) em sua dimensão subjetiva (A.2.), o direito à saúde é: direito individual (A.2.1), denominado pelos juristas como “direito subjetivo público”, isto é, direito de alguém exigir certa prestação estatal e direito transindividual (A.2.2.), em suas duas subespécies: direito coletivo (A.2.2.1.) e direito difuso (A.2.2.2.); 3.1) há direito coletivo (A.2.2.1.) quando certo grupo, com determinação relativa, decorrente da participação em uma relação jurídica-base, pode obter proteção para toda classe representada, não podendo haver satisfação ou prejuízo senão de forma que afete a todos membros desta determinada classe; há direito difuso (A.2.2.2.) quando, pela indeterminação dos seus titulares, cuja ligação decorre somente de mera circunstância de fato, pode obter proteção para todo o grupo (...)”.

A Emenda n. 29/2000 estabeleceu recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Modificou a redação do art. 34, VII, e, passando a ser possível a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências (...) nas ações e serviços públicos de saúde”. Tal dispositivo equiparou as áreas de saúde e educação no que se refere à vinculação do financiamento público³³⁷.

Também disposição semelhante foi introduzida na Constituição Federal acerca da possibilidade de intervenção dos Estados nos seus Municípios e da União nos municípios localizados em Território Federal (art. 35, III).

A Emenda nº 29/2000 determinou o financiamento da saúde através de cada ente da federação, remetendo a lei complementar, que será reavaliada a cada cinco anos, a regulamentação dos percentuais, dos critérios de rateio e das normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

Desta feita, a Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012 dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo.

Em relação à aplicação de recursos e serviços de saúde (recursos mínimos), a lei complementar no seus arts. 5º, 6º e 7º dispõe: 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; 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

³³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 646.

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; 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 alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal. 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.

O rateio dos recursos da União vinculados a ações e serviços públicos de saúde e repassados na forma do caput dos arts. 18 e 22 aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e serviços de saúde, e ainda, o disposto no art. 35 da Lei nº 8.080/90(art. 17 da LC 141/2012). Quanto ao rateio dos recursos dos Estados transferidos aos Municípios para ações e serviços públicos de saúde será realizado também segundo o critério de necessidade de saúde da população e levará em consideração as mesmas dimensões, observada a necessidade de reduzir as desigualdades regionais (art. 19).

Cabe destacar que no caso de descumprimento dos percentuais mínimos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, verificado a partir da fiscalização dos Tribunais de Contas ou das informações declaradas e homologadas na forma do sistema eletrônico instituído nesta Lei Complementar, a União e os Estados poderão restringir, a título de medida preliminar, o repasse dos recursos referidos nos incisos II e III do § 2º do art. 198 da Constituição Federal ao emprego em ações e serviços públicos de saúde, até o montante correspondente à parcela do mínimo que deixou de ser aplicada em exercícios anteriores, mediante depósito direto na conta corrente veiculada ao Fundo de Saúde, sem prejuízo do condicionamento da entrega dos recursos à comprovação prevista no inciso II do parágrafo único do art. 160 da CF(§ 1º do art. 26 da CF).

Importante ressaltar que além de definir serviços e ações de saúde, a Lei complementar nº 141/2012 traz o conceito de equidade financeira, com o escopo de reduzir as grandes desigualdades existentes entre os entes da federação.

2.3.3. O direito à proteção da saúde e as ações de vigilância sanitária

A Constituição Federal, no art. 200, determinou ao Sistema Único de Saúde, além de outras atribuições: Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos, bem como executar as ações de vigilância sanitária.

Como visto, a lei 8.080/90 destaca entre as principais atribuições do SUS a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, VI).

A referida lei, no seu art. 6º, § 1º traz, ainda, o conceito de Vigilância Sanitária: “Conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde”, abrangendo: o controle dos bens de consumo e da prestação de serviços que se relacionem, direta ou indiretamente, com a saúde”.

Portanto, o Estado tem como obrigação, por força da previsão de um direito fundamental à proteção da saúde, a prevenção de diversos riscos existentes na seara de utilização de medicamentos, regulamentando atividades profissionais e comerciais que se inserem nesse meio.

Com efeito, a despeito de os medicamentos terem fundamental importância para a manutenção da saúde e qualidade de vida das pessoas, não se pode olvidar que podem ser também potenciais fontes de agravos e danos à saúde quando utilizados de modo indevido.

Assim, cabe a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão federal do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária a avaliação final e concessão do registro de medicamentos. É de sua responsabilidade também decidir acerca da manutenção ou retirada de medicamentos do mercado brasileiro, consoante as informações sobre seus benefícios e riscos, e até mesmo danos à saúde, provenientes de estudos posteriores à comercialização.

Com o escopo de esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde do SUS, foi realizada, em 2009, audiência pública no Supremo Tribunal Federal, na qual foi ouvido o Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, Dirceu Raposo de Mello, que explicou os critérios analisados para que um medicamento seja registrado pela entidade (segurança, eficácia e qualidade farmacotécnica) que são estabelecidos pela Lei nº 6.360/76, bem como afirmou que nenhum produto de que trata essa lei, inclusive importado, poderá ser industrializado, posto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

De fato, a lei nº 6.360/76, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, nos seus arts. 10 e 12, *caput*, traz a vedação de importação de medicamentos sem a prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde, bem como a sua exposição ao consumo antes de registrado o produto no Ministério da Saúde, e no seu art. 16, estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles, que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe³³⁸.

³³⁸ “Art. 10. É vedada a importação de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e demais produtos de que trata esta Lei, para fins industriais e comerciais, sem prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde. Parágrafo único. Compreendem-se nas exigências deste artigo as aquisições ou doações que envolvam pessoas de direito público e privado, cuja qualidade possam comprometer a execução de programas nacionais de saúde. rt. 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. (...) 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:(...) II - que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias; (...)” Art. 18 - O registro de drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos de procedência estrangeira dependerá, além das condições, das exigências e dos procedimentos previstos nesta Lei e seu regulamento, da comprovação de que já é registrado no país de origem.

Importante ressaltar, ainda, que o Art. 18 da referida lei determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

Consoante já exposto, foi alterada a Lei nº 8.080/90 pela Lei nº 12.401/2011, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, que traz vedação expressa quanto a dispensação de fármaco sem registro na ANVISA³³⁹.

Cabe destacar, todavia, que o fato de o medicamento ter sido registrado no país não significa que o mesmo será, posteriormente, incorporado às terapias do Sistema Único de Saúde.

2.4. Política Nacional de Medicamentos (PNM). Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF). Financiamento da Assistência Farmacêutica (AF).

De acordo com Picon e Beltrame, “a assistência farmacêutica constitui parte fundamental dos serviços de atenção à saúde do cidadão”. Isso porque “Em muitos casos, a estratégia terapêutica para a recuperação do paciente ou para redução dos riscos da doença e agravos somente é possível a partir da utilização de algum tipo de medicamento”. Em tais situações, “o medicamento é elemento essencial para efetividade do processo de atenção à saúde. Nesse contexto, o direito constitucional à saúde assegurado à população brasileira só se materializa em sua plenitude mediante o acesso do paciente ao medicamento³⁴⁰”.

³³⁹ Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I – o pagamento, ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA;

II – a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na ANVISA.

³⁴⁰ PICON, Paulo Dornelles. BELTRAME, Alberto Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Disponível em: [http://drt2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/05_protocolos.pdf]. Acesso em 04 de Jul. 2014.

Pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, a Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998³⁴¹, do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos(PNM), como parte essencial da Política Nacional de Saúde, que tem como escopo garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional³⁴² e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

As principais diretrizes da Política Nacional de Medicamentos são o estabelecimento da relação de medicamentos essenciais, a reorientação da assistência farmacêutica, o estímulo à produção de medicamentos e a sua regulamentação sanitária.

Consoante a Portaria nº 3916, de 30 de outubro de 1998, integram o elenco dos medicamentos essenciais aqueles produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que

³⁴¹ Destaca-se o prefácio da Portaria nº 3.916/MS/GM, de 30 de outubro de 1998: "Políticas configuram decisões de caráter geral que apontam os rumos e as linhas estratégicas de atuação de uma determinada gestão. Assim, devem ser explicitadas de forma a: -tornar públicas e expressas as intenções do Governo; -permitir o acesso da população em geral e dos formadores de opinião em particular à discussão das propostas de Governo; -orientar o planejamento governamental no detalhamento de programas, projetos e atividades; -funcionar como orientadoras da ação do Governo, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis. No âmbito do Ministério da Saúde, a formulação de políticas desenvolve-se mediante a adoção de metodologia apropriada baseada num processo que favoreça a construção de propostas de forma participativa, e não em um modelo único e acabado. Esse processo está representado, em especial, pela coleta e sistematização de subsídios básicos, interna e externamente ao Ministério, a partir dos quais é estruturado um documento inicial, destinado a servir de matéria-prima para discussões em diferentes instâncias. Entre as instâncias consultadas estão os vários órgãos do próprio Ministério, os demais gestores do Sistema Único de Saúde - SUS, os segmentos diretamente envolvidos com o assunto objeto da política e a população em geral, mediante a atuação do Conselho Nacional de Saúde, instância que, no nível federal, tem o imprescindível papel de atuar "na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde", conforme atribuição que lhe foi conferida pela Lei n.º 8.142/90. A promoção das mencionadas discussões objetiva sistematizar as opiniões acerca da questão e recolher sugestões para a configuração final da política em construção, cuja proposta decorrente é submetida à avaliação e aprovação do Ministro da Saúde. No nível da direção nacional do Sistema, a responsabilidade pela condução desse processo está afeta à Secretaria de Políticas de Saúde, a qual cabe identificar e atender as demandas por formulação ou reorientação de políticas. Cabe também à Secretaria promover ampla divulgação e operacionalizar a gestão das políticas consideradas estratégicas, além de implementar a sua contínua avaliação, visando, inclusive, ao seu sistemático aperfeiçoamento. Paralelamente, deve-se ressaltar que a operacionalização das políticas formuladas exige o desenvolvimento de processo voltado à elaboração ou reorientação de planos, projetos e atividades, que permitirão consequência prática às políticas".

³⁴² Uso racional de medicamentos é o processo que compreende a prescrição apropriada, a disponibilidade oportuna e a preços acessíveis; a dispensação em condições adequadas; e o consumo nas doses indicadas, nos intervalos definidos e no período de tempo indicado de medicamentos eficazes, seguros e de qualidade. Cf. Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998.

deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que servirá de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva³⁴³.

Nessa esteira, para Pepe, os medicamentos essenciais são a âncora do uso racional, e mais:

Não existe uso racional sem que haja uma seleção racional, pautada em critérios de relevância para a saúde, firmemente embasada em evidências de eficácia e segurança e, preferencialmente, por estudos comparados de custo-efetividade³⁴⁴.

O Ministério da Saúde estabelecerá mecanismos que permitam a contínua atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), imprescindível instrumento de ação do SUS, na medida em que contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no país³⁴⁵.

A Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (COMARE) era a responsável pela atualização da RENAME, seguindo as orientações da Organização Mundial da Saúde. Todavia, evidencia-se a sua extinção diante da atuação definida para a CONITEC no art. 4º, inc.II do Decreto nº 7.646/2011 “Propor a atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME nos termos do art. 25 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011”.

Cabe ao gestor federal a formulação da Política Nacional de Medicamentos, que além de prestar auxílio aos gestores estaduais e municipais, deverá elaborar a

³⁴³ BRASIL. Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998.

³⁴⁴ PEPE, V.L.E.; OSORIO-DE-CASTRO, C.G.S. Assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde. In: *Direito Sanitário em Perspectiva*. Vol.2. ALVES, Sandra Mara Campos, DELDUGUE, Maria Célia, DINO NETO, Nicolao (Org).Direito Sanitário em perspectiva. Brasília: ESMPU, 2013. p.151-167.

³⁴⁵ BRASIL. Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998.

Relação Nacional de Medicamento (RENAME) que servirá de base para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal. Ao município, por sua vez, cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base no RENAME, e executar a assistência farmacêutica.

Destaca-se também a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF)³⁴⁶, que é parte integrante da Política Nacional de Saúde, foi aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde, através da Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004.

A PNAF define a Assistência Farmacêutica (AF) como um conjunto de ações voltado à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e o acesso a ele como diretriz fundamental. Envolve, não somente o mero fornecimento do medicamento, mas a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, a melhoria da gestão da Assistência Farmacêutica, a contratação/qualificação de profissionais da saúde que atuem na Assistência Farmacêutica; garantia da qualidade dos produtos e serviços.

³⁴⁶ Art. 1º da Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004 traz os princípios nos quais se fundamentam a Política Nacional de Assistência Farmacêutica: “Art. 1º - Aprovar a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, estabelecida com base nos seguintes princípios: I - a Política Nacional de Assistência Farmacêutica é parte integrante da Política Nacional de Saúde, envolvendo um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde e garantindo os princípios da universalidade, integralidade e equidade; II - a Assistência Farmacêutica deve ser compreendida como política pública norteadora para a formulação de políticas setoriais, entre as quais destacam-se as políticas de medicamentos, de ciência e tecnologia, de desenvolvimento industrial e de formação de recursos humanos, dentre outras, garantindo a intersectorialidade inerente ao sistema de saúde do país (SUS) e cuja implantação envolve tanto o setor público como privado de atenção à saúde; III - a Assistência Farmacêutica trata de um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população; IV - as ações de Assistência Farmacêutica envolvem aquelas referentes à Atenção Farmacêutica, considerada como um modelo de prática farmacêutica, desenvolvida no contexto da Assistência Farmacêutica e compreendendo atitudes, valores éticos, comportamentos, habilidades, compromissos e co-responsabilidades na prevenção de doenças, promoção e recuperação da saúde, de forma integrada à equipe de saúde. É a interação direta do farmacêutico com o usuário, visando uma farmacoterapia racional e a obtenção de resultados definidos e mensuráveis, voltados para a melhoria da qualidade de vida. Esta interação também deve envolver as concepções dos seus sujeitos, respeitadas as suas especificidades bio-psico-sociais, sob a ótica da integralidade das ações de saúde.

A Assistência Farmacêutica pode ser considerada como um ciclo, no qual as atividades próprias (a seleção, a programação, a aquisição, o armazenamento, a distribuição e a utilização dos medicamentos) se sucedem e precisam que a atividade anterior tenha sido devidamente realizada. Não se pode esquecer, todavia, das atividades anteriores, que são necessárias para que a oferta de medicamentos seja de qualidade: a Pesquisa & Desenvolvimento, a produção e o registro sanitário de medicamentos³⁴⁷.

A seleção de medicamentos é a atividade que inicia o ciclo da Assistência Farmacêutica propriamente dito, e tem como escopo decidir, com base nas evidências científicas, os medicamentos que devem ser oferecidos pelo sistema levando-se em consideração o perfil de morbidade e mortalidade da população. São utilizados principalmente os critérios da qualidade intrínseca dos medicamentos para a seleção: o benefício que ele apresenta nos ensaios clínicos controlados (eficácia) e no uso rotineiro da prática clínica (efetividade), bem como os malefícios que pode causar, representados pelo seu perfil de efeitos adversos(segurança). Alguns outros critérios, como as apresentações farmacêuticas que atendam às necessidades; a facilidade de uso (comodidade posológica), o custo e a disponibilidade do medicamento no mercado³⁴⁸.

A incorporação ao arsenal do SUS pressupõe que ele seja selecionado por instâncias federal, estadual ou municipal de saúde, mediante critérios de eficácia e segurança, além de outros utilizados internacionalmente. O Sistema Único de Saúde é um grande incorporador de tecnologias. Somente o Ministério da Saúde compra cerca de R\$ 8 bilhões em medicamentos, equipamentos e produtos por ano³⁴⁹.

No Brasil, a incorporação de tecnologias ao Sistema Único de Saúde insere-se no âmbito da Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde (PNGTS), aprovada em 2009, cujo objetivo é “maximizar os benefícios de saúde a serem

³⁴⁷ PEPE, V.L.E.; OSORIO-DE-CASTRO, C.G.S. Assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde. In: *Direito Sanitário em Perspectiva*. Vol.2. ALVES, Sandra Mara Campos, DELDUGUE, Maria Célia, DINO NETO, Nicolao (Org).Direito Sanitário em perspectiva. Brasília: ESMPU, 2013. p.151-167.

³⁴⁸ Ibid., p.151-167.

³⁴⁹ Ministério da Saúde. Portal da Saúde SUS: complexo industrial em números. Brasília, DF, 2012 [citado 2012 fev 10]. Disponível em [http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/visualizar_texto.cfm?idtxt=32495]. Acesso em: junho 2014.

obtidos com os recursos disponíveis assegurando o acesso da população a tecnologias efetivas e seguras em condições de equidade”³⁵⁰.

A incorporação de novos medicamentos, bem como de novas tecnologias ao SUS, é, de acordo com a Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011, competência do Ministério da Saúde, sob assessoria da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias.³⁵¹ A CONITEC deverá elaborar e atualizar a seleção de medicamentos a serem incorporados no Sistema Único de Saúde, baseadas nas melhores evidências científicas.

A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), preconizada pela Organização Mundial de Saúde e pela Política Nacional de Medicamentos, é um produto da seleção de medicamentos baseadas em evidências científicas, consistindo em uma lista de medicamentos tidos como essenciais para atender o contexto no qual se insere.

Ambas as políticas, Política Nacional de Medicamentos, de 1998, e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, com suas diretrizes e prioridades,

³⁵⁰ Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria 2.690, de 5 de novembro de 2009. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde. Brasília, DF, 2009 [citado 2012 out 17]. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2690_05_11_2009.html. Acesso em: junho 2014.

³⁵¹ Art. 19-Q da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011: “Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. § 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina. § 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.” “Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem. § 1º O processo de que trata o caput deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais: I - apresentação pelo interessado dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2º do art. 19-Q; II - [\(VETADO\)](#); III - realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS; IV - realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento. § 2º [\(VETADO\)](#).”

proporcionaram avanços significantes na organização e gestão da Assistência Farmacêutica no SUS, implementando, inclusive, serviços de Assistência Farmacêutica nas três esferas de gestão.

No pacto de Gestão em 2006, ficou consignado que o financiamento referente à Assistência Farmacêutica é de responsabilidade dos três gestores do SUS. Coube à Portaria MS/GM n. 204, de 29 de janeiro de 2007 a regulamentação do bloco de financiamento da Assistência Farmacêutica em 3 (três) componentes: o componente básico, o componente estratégico e o componente de medicamentos de dispensação excepcional, que foi alterado para componente de medicamentos especializados.

O Componente Básico da Assistência Farmacêutica destina-se à aquisição de medicamentos e insumos da assistência farmacêutica no âmbito da atenção básica em saúde. Pode se basear tanto no elenco de referência nacional para tratamento dos agravos que ocorrem mais comumente no nosso país ou na seara de agravos e programas de saúde específico. Destaca-se a Portaria MS/GM 4.217, de 28 de dezembro de 2010, define a execução e o financiamento deste componente, e define o Elenco de Referência de medicamentos e insumos complementares para a Assistência Farmacêutica na Atenção Básica em Saúde. O Elenco de Referência Nacional (Anexo I) é feito com base na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) elaborada com base nos critérios de seleção preconizados pela Organização Mundial da Saúde. No anexo II, constam os fitoterápicos. No anexo II, estão os medicamentos para as linhas de cuidado das doenças contempladas no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, indicados nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) e do Programa Nacional de Suplementação do Ferro. O financiamento deste Componente Básico é tripartite. Destaca-se a Portaria MS/GM n. 2.583, de 10 de outubro de 2007, que define o elenco de medicamentos e insumos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, nos termos da Lei nº. 11.347, de 2006, aos usuários portadores de diabetes mellitus.

O Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica consubstancia-se na aquisição de medicamentos utilizados para tratamento das doenças endêmicas. O financiamento do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica destina-se às ações de assistência farmacêutica dos programas de saúde estratégicos: I.

Controle de Endemias Focais: Malária, Leishmaniose, Chagas e outras doenças endêmicas de abrangência nacional ou regional; II. Controle da Tuberculose; III. Controle da Hanseníase; IV. DST/AIDS; V. Sangue e Hemoderivados; VI. Alimentação e Nutrição; VII. Controle do Tabagismo; VIII. Doença Enxerto x Hospedeiro; IX. Lúpus Eritematoso; X. Mieloma Múltiplo. Cabe à esfera federal a aquisição e a distribuição aos Estados e ao Distrito Federal, que, por sua vez, devem armazená-los e distribuí-los às regionais ou aos municípios.

O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (Portaria GM/MS nº 2.981, de 26 de novembro de 2009) tem como foco o tratamento de doenças raras ou de baixa prevalência e doenças de alta prevalência nos quais o paciente apresentou intolerância, refratariedade aos medicamentos de primeira linha do tratamento ou quando da evolução para quadro clínico de maior gravidade. Os medicamentos do componente especializado estão divididos em três grupos, com características, responsabilidades e formas de organização distintas: Grupo 1 – composto por medicamentos sob responsabilidade da União e formado pelos medicamentos: 1) de maior complexidade da doença a ser tratada ambulatoriamente; 2) refratariedade ou intolerância à primeira e/ou à segunda linha de tratamento; 3) medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente e medicamentos incluídos em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde. Grupo 2 – formado por medicamentos sob responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal: 1) menor complexidade da doença a ser tratada ambulatorialmente em relação aos arrolados no Grupo 1 e 2) refratariedade ou intolerância à primeira linha de tratamento; Grupo 3 – formado por medicamentos sob responsabilidade dos Municípios e do Distrito Federal. Constituído por fármacos constantes na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais vigente e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados na versão final pelo Ministério da Saúde, como primeira linha de cuidado para o tratamento das doenças contempladas neste Componente. Os medicamentos deste componente têm sua dispensação realizada após a análise e autorização de Laudo para a Solicitação, a Avaliação e a Autorização de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (LME).

Cabe destacar que a Assistência Oncológica no SUS possui sistemática própria. De fato, o tratamento oncológico de alto custo e complexidade foi regulamentado pelas Portarias GM/MS nº 2.439/05, SAS/MS e 741/05 GM/MS, de maneira que foi organizado pelo Ministério da Saúde amplo programa de atendimento aos pacientes portadores de câncer por financiamento direto dos CACON's (Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia) e UNACON's (Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia) credenciados em todo país, conforme a Portaria n.º 62, de 11/03/2009.

Esse é o panorama hodierno da Assistência Farmacêutica no Brasil. Pode-se afirmar que as modificações sofridas nesse quadro, ultimamente, são frutos de fenômenos como a judicialização do acesso a medicamentos. Isso fica muito evidente nos recentes marcos legais.

Com objetivo explícito de debelar as distorções decorrentes da judicialização das questões atinentes às prestações de saúde, os Senadores Tião Viana e Flávio Arns apresentaram, respectivamente, em 3 de maio de 2007 e 13 de junho de 2007, os projetos de Lei do Senado de números 217/2007 e 338/2007, que resultaram na Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011³⁵².

Assim, são apontadas como as principais determinações da Lei nº 12.401/11:1. A delimitação da integralidade aos medicamentos presentes na Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (Renases), a ser definida em âmbito nacional e atualizada a cada 2 anos, pelo Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias, e a responsabilidade dos gestores pactuada nas respectivas Comissões Intergestores. A dispensação de medicamentos será realizada de acordo com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) definidos no âmbito do SUS e, na sua ausência, com base nas

³⁵² Trecho da justificativa do projeto apresentado pelo Senador Tião Viana: (...) os tribunais brasileiros expediram, nos últimos anos, várias decisões liminares que obrigaram os gestores do SUS a fornecer medicamentos não ofertados ou não disponíveis nas farmácias das unidades públicas de saúde (...). Algumas das decisões obrigaram o fornecimento até mesmo de medicamentos ainda não registrados no País. A maioria dessas liminares tem como objetivo atender à prescrição de produtos de alto custo, muitos deles recém-lançados em outros países e ainda não disponíveis no Brasil. O lobby da indústria e do comércio de produtos farmacêuticos junto a associações de portadores de certas doenças e o intenso trabalho de marketing junto aos médicos fazem com que tanto os usuários quanto os prescritores passem a considerar imprescindível o uso de medicamentos novos. Em regra esses produtos são de altíssimo custo, (...) mas nem sempre são mais eficazes que outros de custo inferior, indicados para a mesma doença”.

relações de medicamentos definidos de forma complementar por estados, Distrito Federal e ou municípios;2. A vedação ao pagamento, a inclusão nas listas oficiais públicas ou dispensação de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), sob pesquisa clínica ou na indicação terapêutica não aprovada pela ANVISA; 3. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente, que – além de a prescrição em consonância com as listas oficiais públicas e os PCDT – o usuário seja assistido por ações e serviços de saúde do SUS, que a prescrição seja feita por profissional de saúde que esteja no exercício regular de suas funções no SUS(que tem sido denominada “receita SUS”) e que a dispensação se dê em unidades indicadas pelos gestores do SUS. Pode haver ampliação do acesso pelos entes federativos, bem como o Ministério da Saúde pode estabelecer regras diferenciadas de acesso aos medicamentos do Componente Especializado³⁵³.

Analisar-se-á no tópico atuação judicial e o direito à proteção da saúde, entre outras questões, como vem se posicionando o Poder Judiciário acerca das disposições dessa novel normatização.

³⁵³ PEPE, V.L.E; OSORIO-DE-CASTRO, C.G.S. Assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde. In: *Direito Sanitário em Perspectiva*. Vol.2. ALVES, Sandra Mara Campos, DELDUGUE, Maria Célia, DINO NETO, Nicolao (Org).Direito Sanitário em perspectiva. Brasília: ESMPU, 2013. p.151-167.

III. ESPAÇO DE ATUAÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE COM ENFOQUE NAS POLÍTICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

No Brasil, nos últimos anos, a Constituição Federal de 1988 conquistou, de fato, força normativa e efetividade. Tal assertiva está refletida na jurisprudência acerca do direito à proteção da saúde, em especial nas decisões que determinam o fornecimento de fármacos pelos entes públicos. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como normas programáticas, de mera convocação à atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, e passaram a gozar de aplicabilidade direta e imediata. Nesse contexto, os direitos constitucionais, e em especial os direitos sociais, convolveram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, desafiando tutela judicial específica.

Desta feita, a abordagem que segue busca avaliar o papel que o Poder Judiciário poderia legitimamente exercer em matéria de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais em um Estado Democrático de Direito.

3.1. O princípio da separação dos poderes e controle Jurisdicional

Aduz Bonavides que o dogma da separação dos poderes foi o esteio sagrado do liberalismo. Destaca o autor o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem, contida na Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 “Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição”³⁵⁴.

O princípio da separação dos poderes, segundo o autor, nos primórdios de sua elaboração foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os pensadores da

³⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p 63.

liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos de Lei Fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política, hodiernamente, já não mais provoca o mesmo fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental³⁵⁵.

Assim, afirma Bonavides que a separação de poderes é técnica em declínio, sujeita a gradual superação imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua formulação inicial e escopo principal do liberalismo³⁵⁶. Acerca do constitucionalismo moderno registra o autor que:

Não segue a rota do individualismo tradicional, favorecido e amparado pela separação clássica, mas envereda pelos caminhos do social, visando não apenas afiançar ao Homem os direitos fundamentais perante o Estado (princípio liberal), mas sobretudo, a resguardar a participação daquele na formação da vontade deste (princípio democrático), de modo a conduzir o aparelho estatal para uma democracia efetiva, onde os poderes públicos estejam capacitados a proporcionar ao indivíduo soma cada vez mais ampla de favores concretos³⁵⁷.

Desta feita, com o moderno Estado Social aumentaram os fins do Estado. E, o princípio de Montesquieu, compadecia-se com a diminuição e não com o alargamento daqueles fins. O que justifica o recuo na doutrina política dos nossos dias³⁵⁸.

A despeito de não se encontrar mais uma eficaz sustentação política na concepção clássica da Tripartição dos Poderes do Estado, a limitação do poder político constitui exigência nuclear do moderno Estado Constitucional. Acredita-se ser mais adequado falar em controle do poder, de organização do poder, ou da fragmentação das diferentes funções decorrentes do poder, do que em divisão de poder, tendo em vista que o poder é uno.

³⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 64.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 65.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 65-66.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 72.

Cabe destacar, outrossim, que a doutrina da separação de poderes não preconiza uma separação estanque entre os órgãos estatais; ao contrário, assinala que cada um deles exerce, neste sistema, funções típicas, como a de elaboração das normas, desempenhada pelo Legislativo; a executiva, de resolução de problemas concretos e individualizados, em conformidade com as leis, exercidas pelo Executivo, e a solução de conflitos de interesses, protagonizadas pelo Judiciário³⁵⁹. Desse modo, desde a formulação teórica por Montesquieu, foi pensado um sistema em que as funções estatais ficassem distribuídas de modo a evitar que, concentradas, fossem exercidas arbitrariamente³⁶⁰.

Acerca da ausência de rigidez da separação de poderes, nos dias atuais, cabe transcrever as palavras de Bonavides:

Com esses institutos oriundos precisamente da impossibilidade de manter os poderes distanciados e construir entre eles paredes doutrinárias que os conservassem rigorosamente insulados, como queria a antiga doutrina, na palavra de seus mais acatados corifeus, o que ora se nos depara perante a realidade constitucional contemporânea é a verdade de que muitas portas se abriram à intercomunicação dos poderes³⁶¹.

Assim, a organização do poder político pautada na separação de poderes é a *ratio essendi* do Estado de Direito. Não há Estado de Direito quando as competências dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não se encontrarem traçadas no texto constitucional. O dogma da separação dos poderes é comumente utilizado como argumento central a justificar a impossibilidade do Poder Judiciário se imiscuir em questões políticas afetas aos demais poderes. Segundo Virgílio Afonso da Silva, “o argumento baseado puramente na separação de poderes não parece ser digno de nenhuma análise mais apurada³⁶²”, posto que “o que é compreendido

³⁵⁹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 260.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 262.

³⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 75.

³⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 589.

como a “teoria da separação dos poderes” é, no entanto, uma simples visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa³⁶³”.

Com efeito, a identificação dos limites e das possibilidades do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais deve ser impregnada de visão prospectiva, afastando-se dos dogmas construídos pelas clássicas teorias de Locke e de Montesquieu³⁶⁴, formuladas sob a égide do liberalismo clássico, na medida do necessário à compreensão das relações institucionais perpetradas num Estado Social. Para delimitação material da esfera de atuação judicial, a distinção entre atos administrativos e atos de governo assume relevante papel, e sob a ótica da legitimação democrática, o delineamento traçado pela ordem constitucional³⁶⁵.

A sindicância dos atos e omissões da administração assumirá uma perspectiva diversa daquela formada por influência do liberalismo, cujo escopo era conter o avanço sobre esferas resguardadas ao indivíduo. No tocante à concretização dos direitos sociais, faz-se necessária a oferta de prestações pela Administração, o que exigirá análise sob prisma distinto, essencialmente voltada à aferição das omissões administrativas. Essa constatação permite concluir que as inter-relações mantidas entre os Poderes Executivo e Judiciário não devem ser consubstanciadas numa linearidade indiferente aos influxos ideológicos que demandam um *facere* ou um *non facere* estatal. Por essa razão, para Emerson Garcia, “será possível descortinar, na própria Constituição, a legitimidade do Poder Judiciário na aferição de comportamentos aparentemente envoltos no outrora inexpugnável manto da discricionariedade administrativa³⁶⁶”.

³⁶³ SILVA, V. A., loc. cit.

³⁶⁴ Transcreve-se as palavras de Emerson Garcia acerca da concepção clássica de Locke e Montesquieu acerca do Poder Judiciário: “Tanto Locke como Montesquieu dispensaram uma importância secundária ao Poder Judiciário. Locke sequer concebeu um poder autônomo, integrando a função de julgar num espectro mais amplo: o de executar a lei. Quanto a Montesquieu, apesar de prestigiar a existência de um poder autônomo encarregado da função jurisdicional, apressava-se em realçar a necessidade de que o Poder Judiciário se mantivesse adstrito à “letra da lei”, cf. GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *JURE – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Disponível em: [https://aplicacao.mp.mg.gov.br/]. Acesso em 04 de julho de 2014. p. 56.

³⁶⁵ GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *JURE – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Disponível em: [https://aplicacao.mp.mg.gov.br/]. Acesso em 04 de julho de 2014. p. 56.

³⁶⁶ Ibid., p. 58.

Assim, a delimitação do controle a ser exercido pelos juízes pressupõe a compreensão da dicotomia entre atos de governo e atos administrativos; os primeiros, como manifestação do poder político, sofreriam um controle restrito; os segundos, por serem oriundos de uma atividade circunscrita aos contornos da legalidade, em regra, estariam sujeitos a um controle amplo, como exceção, restaria a margem de liberdade inerente à noção de poder discricionário³⁶⁷, o que levaria, do mesmo modo, a um controle restrito³⁶⁸.

A título ilustrativo, as Constituições de 1934 e 1937, nos arts. 68 e 97, respectivamente, previam, de modo expresso, a exclusão dos atos de governo da apreciação do Judiciário, preceito este não mais inserido nos textos posteriores. A partir da Constituição de 1946 vigora o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão a direito; em decorrência, se o ato de governo ferir direito, poderá ser impugnado perante o Judiciário³⁶⁹.

Destarte, o entendimento de que os atos políticos, ou seja, aqueles que dizem respeito aos interesses superiores da nação, e, aqui, estão inseridas as políticas públicas, estariam imunes ao controle judicial não subsiste à luz da Constituição de 1988 e da teoria dos direitos fundamentais. Além do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CR/1988), destacam-se como fundamentos do controle jurisdicional das políticas públicas; o próprio princípio da separação de poderes, conforme delineado no art. 2º da CR/1988, um modelo de freios e contrapesos; e a normatividade dos direitos sociais³⁷⁰.

³⁶⁷ Acerca do poder discricionário, cabe destacar as palavras de Hely Lopes “Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido”, cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 118-119.

³⁶⁸ GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *JURE – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Disponível em: [https://aplicacao.mp.mg.gov.br/]. Acesso em 04 de julho de 2014. p. 59.

³⁶⁹ MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de Controle da Discricionariedade*. In *Discricionariedade administrativa*. Coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 41-83.

³⁷⁰ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 254.

É certo, entretanto, que o princípio da separação dos poderes inicialmente elaborado sob a égide do paradigma liberal carecerá de adaptações diante das mudanças na realidade político-jurídica do Estado Social, eis que o referido princípio consiste em um fenômeno jurídico contextualizado historicamente.

Desse modo, no tocante à função estatal de tutela das políticas públicas de saúde, haverá a repartição de competências entre os poderes estatais constituídos, permitindo, assim, que as mesmas sejam desempenhadas livres de abuso, eis que submetidas a controle. A implementação pelo Executivo das políticas públicas será controlada pelo Legislativo, *a priori*, mediante determinação legal de condutas, e *a posteriori*, no que concerne à execução do orçamento. Para resguardo do direito dos administrados contra eventuais omissões da Administração, a sindicância judicial da sua função política³⁷¹.

A ofensa ao princípio da separação de poderes quando do controle judicial das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais já foi descartada pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, do Distrito Federal/DF, assim ementada:

Ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle de intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento, no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

³⁷¹ DUARTE, L. G. M. op. cit., 2011. p. 263.

3.2. Políticas Públicas

A promoção do bem comum é o objetivo perseguido pelo Estado, através de seus órgãos, que escolherão os meios para a realização deste fim. Aqui, cabe trazer o conceito de “política³⁷²” elaborado por Dworkin “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.

Dworkin distingue argumentos de princípios, que fundamentam direitos individuais, e argumentos de política (policy) que fundamentam objetivos coletivos. Princípios, diz ele, são proposições que descrevem direitos, políticas são proposições que descrevem objetivos. Cabe destacar as palavras do autor, “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo da comunidade como um todo³⁷³”.

Registra Fábio Konder Comparato que o conceito de *política* no sentido de programa de ação, só passou recentemente a fazer parte das cogitações da teoria jurídica, eis que ele corresponde a uma realidade que não tinha relevância antes da revolução industrial³⁷⁴. No modelo anterior do constitucionalismo liberal não competia ao Estado guiar a sociedade civil para a realização de fins comuns. Somente com o Estado Social de direito que a reorganização da atividade estatal, em função de finalidades coletivas, torna-se indispensável.

De fato, na hipótese dos direitos prestacionais em sentido estrito orientam-se necessariamente para a exigência e atuação do Estado enquanto fornecedor de prestações fáticas de natureza econômica e social. Contudo, a realização de uma prestação fática pode ocorrer de diversas maneiras, além de envolver gastos. Desse

³⁷² Para Alexy, R., op. cit., 2011, p.116, o que Dworkin denomina de “política” são as normas de direito coletivo, uma vez que para o referido autor, os princípios corresponderiam às normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. “Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”, Cf. DWORKIN, R., op.cit., 2010^a. p.129.

³⁷³ DWORKIN, R., op. cit., 2010^a. p.129.

³⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revistas dos Tribunais*. São Paulo, ano 86, p.11-22, mar.1997.

modo, como não há recursos ilimitados, será necessário priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido.

Como bem assinalou Maria Paula Dallari Bucci, “o fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais³⁷⁵”. Com efeito, o dado novo a caracterizar o Estado social é a existência de um modo de atuar dos governos ordenado sob a forma de políticas públicas. Nessa esteira, leciona Bucci:

as políticas hoje são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*, fenômeno que se explica também pela maior importância da fixação de metas temporais para a ação dos governos republicanos. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – seria, portanto, o fundamento imediato das políticas públicas³⁷⁶.

José de Melo Alexandrino ressalta a dificuldade de conceituação de políticas públicas pelos juristas, e adverte que as políticas públicas não nasceram na órbita da Ciência do Direito, daí a necessidade de ir ao sítio próprio, que segundo o autor é o das ciências sociais³⁷⁷.

Na doutrina brasileira, de fato, observa-se a falta de consenso sobre a forma metodológica de conceituar as políticas públicas, eis que as definições dão ênfase a diversos ângulos. Todavia, na maioria das definições, nota-se uma proximidade entre as noções de política pública e a de plano, embora a política possa consistir em um programa de ação governamental que não se expresse necessariamente, no instrumento jurídico de plano, sendo, portanto mais ampla que este³⁷⁸. “As políticas públicas são os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo³⁷⁹”. E, sob o ponto de vista jurídico, para José Reinaldo de Lima Lopes, uma política pública “é um complexo de decisões e

³⁷⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a.34, n.133, p.89-98, jan./mar.1997. p. 90.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 90-91.

³⁷⁷ ALEXANDRINO, José de. Controlo Jurisdicional das políticas públicas: Regra ou exceção? *Revista da Faculdade de Direito de Porto*, ano VII, nº especial (2010). p. 147-169.

³⁷⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a.34, n.133, p.89-98, jan./mar.1997. p. 94.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 95.

normas de natureza variada³⁸⁰, pois envolvem a discussão de diversos ramos do Direito³⁸¹.

No artigo 196 da Constituição Federal está previsto que o direito à proteção da saúde será 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”³⁸².

A concretização do direito à proteção da saúde, portanto, implica distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos³⁸³. Ou seja, “diante da escassez, garantir prestações a alguns significar retirar recursos do bolo que serve aos demais”³⁸⁴.

Nessa esteira, as didáticas palavras de Jose Reinado de Lima Lopes:

³⁸⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e direitos sociais. O dilema no Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIAS, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 113-145, p.131.

³⁸¹ José Reinaldo Lima Lopes afirma que “para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros”, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e direitos sociais. O dilema no Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIAS, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 113-145, p.132. Para o autor, as políticas se classificam em (1) políticas sociais, de prestação de serviços públicos essenciais, como saúde e educação; (2) políticas sociais compensatórias, tais como seguro-desemprego; (3) políticas de fomento à economia; (4) reformas de base e (5) políticas de estabilização monetária. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e direitos sociais. O dilema no Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIAS, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 113-145, p.133.

³⁸² Fernando Aith destaca como políticas sociais referentes ao Direito Sanitário aquelas que visam a redução dos riscos de doenças e de outros agravos à saúde, ou as que têm como escopo assegurar o acesso igualitário da população às ações e serviços voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde e cita como exemplo “as políticas de avaliação de indicadores de saúde; de educação em saúde e higiene; de educação alimentar; políticas de incentivo à pesquisa científica para a descoberta de tratamentos terapêuticos para doenças que acometem a população, como, por exemplo, a febre amarela ou a AIDS; ou ainda as políticas que busquem capacitar o cidadão a compreender quais os serviços e as ações públicas de saúde que estão a sua disposição e de sua família em caso de necessidade”.

³⁸³ José Reinaldo Lima Lopes aduz que “Distribuir ou fazer justiça distributiva, é dar a cada um a sua parte no mal comum (distribuição dos ônus) ou no bem comum (distribuição dos benefícios). A distribuição distingue-se da troca. A justiça das trocas diz-se justiça *comutativa*, ou *retributiva* ou *corretiva*. Comutar é *trocar*, retribuir é *devolver* e corrigir é restaurar ao estado certo (e anterior). Logo, pode-se dizer que há regras para as trocas, há regras para a redistribuição e para a correção. Em geral, a troca tem regras estabelecidas para relações bilaterais”. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais. Teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 145.

³⁸⁴ SARMENTO, D., op. cit., 2010. p. 210.

A distribuição consiste em partilhar algo comum. Distribuir é tomar algo que é um todo e dividi-lo. Distribuir é aplicar a cada parte que compõe um sistema algo que pertence a todo o sistema. Parto, portanto, do princípio de que só se pode pensar em distribuição se houver algo a ser dividido e antes de ser dividido este algo comum é um bem comum, ou um bem indiviso³⁸⁵.

Desta feita, por estar em causa uma opção quanto à afetação material dos recursos, também deve ser tomada uma decisão sobre a aplicação destes, que, por sua vez, depende da conjuntura socioeconômica global, partindo-se da premissa de que a Constituição não dispõe, ela mesma, dos critérios para esta decisão, deixando-a sob a responsabilidade dos órgãos políticos competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica. Nessa senda, para Vieira de Andrade, as opções que permitirão delimitar o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado tem de caber a um órgão politicamente competente:

Não certamente ao juiz, na sua função aplicadora, sob a cobertura de uma interpretação, mas sim aos órgãos (politicamente responsáveis) competentes para a definição das sua implementação. Isto é, em primeira linha, ao legislador, parlamentar ou governamental. O conteúdo dos direitos sociais a prestações, é portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador ordinário, actuando por delegação constitucional. A eles se destinam as directrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações³⁸⁶.

De outra banda, Ana Paula de Barcellos aduz que essas escolhas a serem feitas pelos órgãos políticos recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em carácter prioritário. Isto é, as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao revés, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais³⁸⁷. Mais adiante, reconhece que a definição dos gastos

³⁸⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais. Teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 142.

³⁸⁶ VIEIRA DE ANDRADE, J.C., op. cit., 2006. p. 192.

³⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41.

públicos é um momento típico da deliberação político-majoritário; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionamentos jurídico-constitucionais³⁸⁸.

Sobre a dificuldade em determinadas áreas como a saúde e assistência social de definir metas concretas que decorrem da Constituição e são exigíveis do Poder Público, Ana Paula de Barcellos afirma que tais temas devem ser enfrentados de forma específica, e pondera:

Que espécie de prestação de saúde deve ser obrigatoriamente oferecida pelo Estado à população como um todo? Não será possível afirmar, evidentemente, que todas as prestações existentes estão nesse rol, sob pena de esvaziar totalmente o espaço de escolha política na matéria e conduzir os recursos públicos a uma possível exaustão, considerando a progressiva sofisticação e o incremento do custo dos serviços de saúde. Isso não significa, de outra parte, que não haja um conjunto de prestações mínimas que deva ser oferecido pelo Estado independentemente de grupo político no poder³⁸⁹.

Nesse ponto, acerca da complexidade e contingência das políticas de saúde Vieira de Andrade entende que não podem estar determinadas no texto constitucional e a sua realização implica opções autônomas e específicas de órgãos que disponham simultaneamente de capacidade técnica e de legitimidade democrática para se responsabilizarem por essas opções³⁹⁰.

Cabe destacar a classificação de políticas públicas em políticas públicas de Estado e políticas públicas de governos. Para Bucci, o traço distintivo entre elas é meramente temporal: as políticas de Estado têm um horizonte calculado em décadas ao passo que as de governo ocorrem em curtos intervalos de tempo e compõem programas maiores.

É forçoso reconhecer que as políticas públicas ditas de Estado estão conformadas na Constituição e em leis federais, visto que tais normas de direito têm como característica sua perenidade, sendo bastante complexa sua revogação ou alteração. Tal característica do instrumento normativo garante uma vida longa à

³⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org). Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 43.

³⁸⁹ Ibid., p. 49.

³⁹⁰ ANDRADE, J.C.V., op. cit., 2006. p.192-193.

política pública. O maior exemplo deste tipo de política é o Sistema Único de Saúde, a mais importante política para a garantia do direito fundamental social à saúde, que está escrita em sede constitucional e complementada por leis federais, tem sua perenidade garantida apesar dos governos e do transcurso do tempo.

Ao revés, as políticas públicas de governos, que devem ser entendidas como aquelas que veem complementar as primeiras, estão geralmente conformadas em normas jurídicas de hierarquia inferior, como as portarias, instruções e outras normas infralegais, o que lhes confere uma maior facilidade de revogação e alteração, adaptando-se a política pública governamental às expectativas dos sucessivos governos e à conjuntura temporal econômica e social.

3.3. Atuação da Administração Pública e os novos paradigmas

É certo que compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diversos tipos, assegurar a prestação de determinadas serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como políticas públicas. Portanto, somente através delas que o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, concretizar os objetivos traçados na Constituição, e, às vezes, esmiuçados pelo legislador, mormente no que tange aos direitos fundamentais que dependem de ações para sua promoção.

Toda a problemática da implementação de direitos sociais prestacionais gravita em torno da discricionariedade. Quando se fala em efetividade (especialmente na interpretação de conceitos indeterminados), proporcionalidade e direitos fundamentais, está-se a referir-se a instâncias que limitam a discricionariedade³⁹¹. Esta consiste em prerrogativa da Administração Pública. E prerrogativa significa poder, direito especial, direito diferenciado dentro da ordem

³⁹¹ GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In* Discricionariedade administrativa. Coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.328.

jurídica³⁹². A discricionariedade surgiu situada em um espaço decisório externo ao direito. Tal noção ainda se manteve, historicamente, após o advento do Estado de Direito, como uma das categorias básicas do direito administrativo: primeiro, como fruto da autonomia decisória da Administração Pública, fulcrada na ideia de legalidade como vinculação negativa à lei; segundo, já sob a ideia de legalidade como vinculação positiva à lei, como uma espécie de margem de liberdade decisória, aberta ao legislador ao administrador público³⁹³.

Como a discricionariedade implica a outorga de certa liberdade de conduta ao administrador, torna-se necessário conhecer quais os limites dessa liberdade. Hodiernamente, entende-se que a discricionariedade só é legítima se tem como fundamento a Constituição³⁹⁴. Esse entendimento é uma mudança de paradigma, eis que outrora bastava somente o fundamento legal. Transcreve-se o clássico conceito de discricionariedade de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente³⁹⁵.

Na segunda metade do século XX assistiu-se a um processo de desprestígio crescente do legislador e de erosão da lei formal, a chamada crise da lei. Evidenciou-se um descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da

³⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: Análise de seu delineamento jurídico. In *Discricionariedade administrativa*. Coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.3.

³⁹³ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>]. Acesso em 30 jun. 2014. p.7.

³⁹⁴ *Ibid.*, p.7.

³⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.963.

representação, pelo aumento da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes³⁹⁶.

Gustavo Binenbojm ainda cita como causa do desprestígio da lei, o advento do Estado providência, visto que criou para a Administração Pública diversas atribuições que não se encontravam expressamente estabelecidas nas leis, bem como o aumento significativo da complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a exigir a intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal³⁹⁷.

Assim, tem-se hodiernamente a Constituição como o fundamento primeiro do agir administrativo. A supremacia da Lei maior acarretou a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, demandando uma releitura dos institutos e estruturas da administração pela ótica constitucional. O que o autor referido chamou de uma verdadeira Constituição administrativa, que passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.

Assim, Gustavo Binenbojm³⁹⁸, nos fala de uma crise dos paradigmas do direito administrativo. A ideia de constitucionalização do direito administrativo seria a responsável por todas essas mudanças que serão expostas a seguir, eis que adota o sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático, vetores axiológicos traduzidos em princípios e regras constitucionais a servir de balizas a atuação da Administração Pública. Afirma o autor:

Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público, (III) estabelecerem

³⁹⁶ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF].

Acesso em 30 jun.2014. p.7.

³⁹⁷ Ibid., p.7.

³⁹⁸ Ibid., p.7.

balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade”³⁹⁹.

O primeiro paradigma apontado pelo autor que estaria em crise é justamente o da legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com o que a lei rigidamente prescrevesse ou facultasse. Para o autor, a Constituição e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não soberano como outrora. Isto é, a atividade administrativa continua a realizar-se, basicamente, (i) de acordo com a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, mas, com arrimo numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)⁴⁰⁰.

Com o aumento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se, segundo Gustavo Binenbojm⁴⁰¹, outro velho paradigma do direito administrativo brasileiro, a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando a um sistema de graus de vinculação à

³⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF]. Acesso em 30 jun.2014. p.7.

⁴⁰⁰ Ibid., p.15.

⁴⁰¹ Ibid., p.9.

juridicidade. Assim, para Juarez Freitas⁴⁰², “a distinção sutil entre atos vinculados e discricionários reside mais na intensidade da vinculação à determinação normativa prévia que no grau de liberdade na apreciação⁴⁰³”.

Destarte, de acordo com a densidade normativa incidente no caso, Gustavo Binenbojm, assevera que os atos administrativos serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), apresentando alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados⁴⁰⁴ (constitucionais, legais ou regulamentares), apresentando grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), apresentando baixo grau de vinculação à juridicidade⁴⁰⁵.

Assim, faz-se necessária também uma revisão da noção de discricionariedade administrativa, que não deve ser considerada nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional⁴⁰⁶. Para Odete Medauar, a discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada: “trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo⁴⁰⁷”. Isto é, só vai exercer-se com arrimo na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos

⁴⁰² Juarez Freitas classifica os atos administrativos em: “a) atos vinculados propriamente ditos, ou seja, aqueles que devem guardar intenso condicionamento a requisitos formais, com escassa (residual) liberdade do agente, sem excluir a sua prática reflexiva e, de outra parte, existem (b) atos administrativos de discricionariedade vinculada à íntegra dos princípios e dos direitos fundamentais, a saber, aqueles que o agente público pratica mediante juízos de adequação, conveniência e oportunidade, tendo em mente encontrar o melhor (mais eficaz e eficiente) solução para circunstâncias específicas, sem que se mostre, a rigor, indiferente a escolha das consequências diretas e indiretas. A existência de múltiplas opções idênticas válidas só ocorre *prima facie*. No plano concreto, existem opções francamente inadmissíveis”, cf. FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa: O controle de prioridades constitucionais. Disponível em [http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5131]. Acesso em 30 jun.2014.

⁴⁰³ FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa: O controle de prioridades constitucionais. Disponível em [http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5131]. Acesso em 30 jun.2014.

⁴⁰⁴ Transcreve-se a definição de conceitos jurídicos indeterminados dada por Binenbojm: “Os conceitos jurídicos indeterminados envolvem normalmente avaliações ou valorações dotadas de certo grau de imprecisão (justo preço, significativa degradação ambiental, reputação ilibada, notório saber, calamidade pública). Seu reconhecimento pelo intérprete não é um dado apriorístico do sistema, mas se revela apenas no complexo argumentativo da interpretação e aplicação do direito. Segundo a opção normativa, tal operação estimativa ou valorativa deve ser realizada, prioritariamente, pelo administrador público”, cf. BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF]. Acesso em 30 de junho de 2014. p. 40.

⁴⁰⁵ Ibid., p.17.

⁴⁰⁶ Ibid., p.17.

⁴⁰⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 129.

ou autoridades. De outra banda, o poder discricionário está subordinado não só as normas específicas de cada situação, mas a uma rede de princípios que garantem a congruência da decisão ao fim de interesse geral e evitam seu uso abusivo.

Essa normatividade decorrente da principiologia constitucional produz, portanto, uma redefinição da noção tradicional de discricionariedade administrativa, “que passa a ser entendida como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na Constituição⁴⁰⁸”. Diante dessa incidência direta dos princípios constitucionais, o antigo mérito do ato administrativo sofre um sensível estreitamento.

Odete Medauar nos fala também de uma discricionariedade técnica que seria a escolha da solução a adotar pela utilização de critérios decorrentes do conhecimento especializados, técnicos ou científicos⁴⁰⁹. A discricionariedade técnica é inevitável corolário da alta complexidade de que se revestem algumas atividades técnicas a cargo da Administração. Isto é, quanto à escolha de meios e métodos diversos relativos a técnicas e ciências; sendo várias possíveis, cabe o exercício do poder discricionário de escolha do que melhor atenda ao interesse público⁴¹⁰.

Além dos requisitos de competência, forma, motivo, fim, em geral verificados depois da edição de medidas, a doutrina contemporânea volta seu interesse para o processo formativo da decisão. Daí resulta o cuidado com normas organizacionais e instrumentos pelos quais a autoridade possa conhecer e ponderar os diversos interesses envolvidos em cada situação. E também a preocupação com os meios de

⁴⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>]. Acesso em 30 de junho de 2014. p. 25.

⁴⁰⁹ Odete Medauar explicita discricionariedade técnica: “Nem sempre a técnica e a ciência implicam certeza absoluta; no campo da técnica e das ciências exatas, biológicas, matemáticas também há diversidade de entendimentos, controvérsias. Podem existir conhecimentos técnicos aceitos amplamente pela comunidade científica; há juízos prováveis oscilantes, há alternativas técnicas e científicas igualmente válidas para o direito, que justificam escolha. Assim, nem sempre ocorre uniformidade ou concordância total na área técnica e científica. Permanecendo margem de escolha, o poder discricionário aí incide, sem que o uso de conhecimentos técnicos enseje modalidade diferente desse poder. Se houver apenas uma solução possível, como resultado da aplicação de pauta científica ou técnica universal, trata-se de poder vinculado; regras técnicas uniformes remetem ao bloco vinculado”, Cf. MEDAUAR, O. op. cit., 2014. p. 131.

⁴¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: Análise de seu delineamento jurídico. In Discricionariedade administrativa. Coord. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.41-42.

assegurar informação ao público, ou seja, o acesso da população às decisões administrativas⁴¹¹.

Explicita Gustavo Binembojm que ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade, corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial de seus atos⁴¹². No que concerne a definição da densidade do controle não segue uma lógica puramente normativa (que se restrinja à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas não deve olvidar também para os procedimentos adotados pela Administração e para as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios, compondo a pauta para que o autor denominou de jurídico-funcionalmente adequado⁴¹³.

Acerca da controlabilidade judicial dos atos administrativos não haveria uma predefinição estática (como em categorias binárias, do tipo ato vinculado versus ato discricionário. Para o autor, faz-se necessário o estabelecimento de critérios de uma dinâmica distributiva “funcionalmente adequada” de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, que leve em conta não apenas a programação normativa do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso), bem como a específica idoneidade (de cada um dos Poderes) diante da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica⁴¹⁴.

Nas questões de alta complexidade técnica e dinâmica específica, segundo o autor, a intensidade do controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos deverá ser tendencialmente menor, diante da ausência de parâmetros seguros para uma atuação judicial segura. Ou seja, nessas hipóteses, a expertise e a experiência

⁴¹¹ MEDAUAR, Odete. op.cit., p. 129.

⁴¹² BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado(RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF]. Acesso em 30 jun.2014. p.40.

⁴¹³ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado(RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF]. Acesso em 30 jun.2014. p.17.

⁴¹⁴ Ibid., p. 17.

dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da força desse controle⁴¹⁵.

Destaca ainda Binjenbojm aquelas situações, que pelas circunstâncias específicas de sua configuração, deve a decisão final ser preferencialmente dada pelo Poder Executivo, seja em função de sua legitimação democrática, ou em decorrência de legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão. Desse modo, sustenta o autor a necessidade de se levar em conta a importante dimensão de especialização técnico funcional do princípio da separação dos poderes e os influxos do princípio democrático sobre a atuação do Poder Executivo⁴¹⁶.

Nesse ponto, cabe destacar que ganha relevo no direito administrativo moderno a discussão sobre novas formas de legitimação da ação administrativa. Além da já discutida constitucionalização, outra forma que tem sido objeto de debates é a democratização do exercício da atividade administrativa não diretamente vinculada à lei, mas aquela marcada pela abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração, tanto em defesa de interesses individuais, como em nome de interesses gerais da coletividade⁴¹⁷.

Nesse ponto, cabe citar a mencionada lei nº 12.401, de 28 de Abril de 2011 que acrescentou à Lei nº 8.080/90 o capítulo VIII, intitulado “Da assistência terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde” que prestigiou a participação popular no novo procedimento para “a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica”⁴¹⁸.

⁴¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF]. Acesso em 30 jun.2014. p. 17.

⁴¹⁶ Ibid., p. 17.

⁴¹⁷ Ibid., p. 31.

⁴¹⁸ “Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. § 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no

O procedimento trazido pela mencionada legislação para incorporação, exclusão ou alteração de medicamento deverá ocorrer mediante instauração de processo administrativo a requerimento de “interessado”, o qual terá duração máxima de cento e oitenta dias, prorrogável por noventa dias. (art. 19-R). Assim, qualquer cidadão, desde que cumpra as regras estabelecidas é legitimado para provocar a instauração desse processo administrativo. Ao longo do processo administrativo deve ser feita “consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS” (art. 19-R, III), bem como deve ser realizada audiência pública, “se a relevância da matéria justificar o evento” (art. 19-R, IV). Essas características do procedimento de permanente atualização dos esquemas terapêuticos delineadas pela Lei nº 12.401/2011, sem dúvida, provocam a participação efetiva dos interessados no esforço de deliberação pública acerca da temática.

Por outro lado, esse controle jurisdicional será mais intenso quanto maior for o grau de restrição imposto pela atuação administrativa discricionária sobre os direitos fundamentais. Ou seja, caberá ao Poder Judiciário proceder a sua invalidação, se as ponderações efetivadas pelo administrador ou legislador na conjugação entre interesses coletivos e direitos fundamentais estiverem em desacordo com o postulado da proporcionalidade e da razoabilidade⁴¹⁹.

SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina. § 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.” “Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem. § 1º O processo de que trata o caput deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais: I - apresentação pelo interessado dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2º do art. 19-Q; II - (VETADO); III - realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS; IV - realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento. § 2º (VETADO).”

⁴¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em

Diante de tais considerações acerca do controle jurisdicional sobre atos administrativos, sugere Gustavo Binenbojm os seguintes *standards* básicos a serem levados em consideração pelo julgador: (i) grau de restrição a direitos fundamentais (quanto maior, mais intenso o controle); (ii) grau de objetividade extraível do relato normativo (quanto maior, mais intenso o controle); (iii) grau de tecnicidade da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (v) grau de participação efetiva e consenso obtido em torno da decisão administrativa (quanto maior, menos intenso o controle)⁴²⁰.

Outro paradigma em crise, segundo o autor, é o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo⁴²¹. Nesse aspecto, sustenta o autor que a definição do que é o interesse público e sua propagada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente previstos. Ressalta, outrossim, a existência de uma imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais, e que por essa razão não é correto falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual.

Para Gustavo Binenbojm⁴²², a noção de um princípio jurídico que apregoa a prevalência *a priori* de interesses da coletividade sobre os interesses individuais, além de não esclarecer “a questão mais importante da dicotomia público/privado ou coletivo/individual, qual seja, qual a justa medida da cedência recíproca que deve existir entre interesses individuais e interesses coletivos em um Estado Democrático de Direito?”, apresenta-se incompatível com a ideia da Constituição como sistema aberto de princípios, articulados não por uma lógica hierárquica estática, mas sim

[<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>].

Acesso em 30 jun.2014. p.41.

⁴²⁰ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado(RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>].

Acesso em 30 jun.2014., p.9.

⁴²¹ Ibid., p.9.

⁴²² Ibid., p.9.

por uma lógica de ponderação proporcional. Cabe destacar, aqui, as palavras de Humberto Ávila:

A solução de uma colisão de normas-princípios depende da instituição de regras de prevalência entre os princípios envolvidos, a ser estabelecida de acordo com as circunstâncias do fato concreto e em função das quais será determinado o peso relativo de cada norma-princípio. A solução de uma colisão de princípios não é estável nem absoluta, mas móvel e contextual. A regra de prevalência, segundo a qual determina norma-princípio em determinadas condições tem preferência sobre outra norma-princípio, institui uma hierarquia móvel entre ambas as medidas, já que pode ser modificada caso alterado o contexto normativo e fático⁴²³.

Desta feita, quando a própria Constituição ou a lei (desde que incidindo constitucionalmente) não houver esgotados os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração utilizar-se da técnica da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão com o escopo de obter sua máxima realização, guiando-se, sempre, pelo postulado da proporcionalidade. Afirma ainda Gustavo Binbenojm que o Estado Democrático de direito é um Estado de Ponderação, pois a ponderação proporcional passa a ser considerada como medida otimizada de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude decisória efetivados pelo Judiciário e pela Administração Pública⁴²⁴.

Gustavo Binbenojm cita ainda como um paradigma “em crise” o da intangibilidade do mérito administrativo, que consiste na avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. As escolhas discricionárias da Administração Pública eram incontroláveis, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema de jurisdição uma), seja

⁴²³ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. Revista Diálogo Jurídico, nº 7, outubro, 2001. Disponível em: [http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf]. Acesso em 08 abr. 2014.

⁴²⁴ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%20C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF]. Acesso em 30 jun.2014. p.11.

pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa⁴²⁵. Esse “velho” paradigma se transforma em uma discricionariedade que deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa⁴²⁶.

Observa-se que ocorreu um sensível encolhimento do mérito do ato administrativo à medida que houve a substituição da legalidade da administração pelo da juridicidade, que é mais amplo, composto de regras e princípios. Tal fato permitiu um avanço do controle judicial em direção a espaços antes jamais adentrados. Tal controle dos limites pelo Poder Judiciário não implica na negação da discricionariedade, mas é um reforço de segurança para o administrado, que, em última análise, é o destinatário da ordem jurídica. Todavia, o denominado mérito da discricionariedade há de ser manter insindicável. Desse modo, o mérito não se identifica com a discricionariedade. Há decisões que trazem em sua essência argumentos políticos, por serem dependentes de critérios políticos e técnicos peculiares. Entende-se, portanto, que o mérito é o núcleo político da discricionariedade.

No caso de não serem observados os princípios constitucionais na formulação e execução de políticas públicas, estas estarão eivadas de vício de inconstitucionalidade, não encontrando legitimidade no ordenamento jurídico brasileiro, devendo incidir o controle jurisdicional.

A discricionariedade deve ser exercida em consonância com a lei, por ser o princípio da legalidade o princípio reitor da atividade administrativa, e com os demais princípios que norteiam a Administração Pública, notadamente com aqueles previstos no art. 37 da Constituição Federal: a impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como encontra balizas, como já acenado, no princípio

⁴²⁵ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF]. Acesso em 30 jun.2014. p.11.

⁴²⁶ Ibid., p.11.

da razoabilidade e no postulado da proporcionalidade. Nesse ponto, mostram-se pertinentes as palavras de Juarez Freitas:

A liberdade é deferida somente para que o bom administrador desempenhe, de maneira exemplar, as suas atribuições, com criatividade, probidade e sustentabilidade. Nunca para o excesso ou para a omissão. Desse modo, a inibição mutilatória do controle cede lugar à afirmação crescente do direito fundamental à boa administração, observada a congruência da totalidade dos princípios constitucionais⁴²⁷.

O princípio da impessoalidade representa uma faceta do princípio da isonomia; objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados, devendo sempre a administração voltar-se para o interesse público. É certo, todavia, que a política pública não precisa se destinar à totalidade da população⁴²⁸. Pode citar, como exemplo, a política pública de saúde só para os portadores de diabetes mellitus, a Portaria MS/GM n. 2.583, de 10 de outubro de 2007, que define o elenco de medicamentos e insumos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, nos termos da Lei nº. 11.347, de 2006, aos usuários portadores de diabetes mellitus.

Já o princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não somente verificar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, bem como distinguir o que é honesto do que é desonesto⁴²⁹. Esse princípio possui íntima relação com o da legalidade, a despeito de conterem conteúdos diversos. No âmbito da política pública voltada à concretização do direito à proteção da saúde, destaca-se o descumprimento dos percentuais mínimos de gastos com a saúde pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, pois além de contrariar as normas constitucionais e legais citadas, fere também a moralidade.

O princípio da publicidade indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, eis que constitui

⁴²⁷ FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa: O controle de prioridades constitucionais. Disponível em [<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5131>]. Acesso em 30 jun.2014.

⁴²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 17.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 17-18.

fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade dos agentes administrativos⁴³⁰. Essa transparência é do poder soberano do povo em um Estado Democrático de Direito. Esse princípio assegura ao administrado o direito à informação. Em relação às diretrizes e princípios do SUS, o art. 7º da Lei nº 8.080/90 traz no seu inciso V, direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; e no inciso seguinte VI, divulgação de informação quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário.

No tocante ao princípio da eficiência, o último a ser inserido no rol dos princípios expressos do caput do art. 37 da CF, através da Emenda Constitucional nº 19/98. O núcleo do princípio consiste na busca de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional⁴³¹. Nesse ponto, cabe registrar que no processo de incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos delineado no art. 19-Q, da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, no seu inc. III é prevista, a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

O estabelecimento de parâmetros à discricionariedade administrativa relacionado às políticas públicas é de extrema relevância não só para a legitimação da atuação do Poder Executivo, como para o Poder Judiciário que ao efetivar o controle dessas políticas públicas deverá levar em consideração tais balizas.

O tratamento doutrinário e jurisprudencial do poder discricionário vem evoluindo no sentido de circunscreve-lo dentro de parâmetros⁴³², com vistas a

⁴³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 20.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 23.

⁴³² Odete Medauar explicita os principais parâmetros: "a) parâmetros decorrentes da observância da Constituição, da lei, dos princípios constitucionais da Administração, outros princípios do direito administrativo e princípios gerais do direito; b) tipo de interesse público a atender, estabelecido diretamente pela norma atribuidora de competência, ou indiretamente, pela norma de regulamentação do órgão; c) normas de competência, que atribuem o poder legal de tomar as medidas atinentes à situação; necessária se torna a correspondência da decisão à função exercida pela autoridade; d) consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza. A autoridade administrativa não há como inventar fatos ou apreciá-los com erro manifesto, levando a consequências absurdas e sem razoabilidade. Relaciona-se esse aspecto à qualificação jurídica dos

direcioná-lo ao atendimento verdadeiro do interesse da população, impedindo abusos⁴³³.

Desta feita, na tarefa de desconstrução dos velhos paradigmas e proposição de novos, a tessitura constitucional assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora de novas categorias⁴³⁴.

3.4. Restrição dos Direitos Fundamentais

Para Jane Reis, a ideia de que é necessário limitar as ações humanas para viabilizar a coexistência das pessoas é tributária da própria noção de liberdade. Tal concepção, segundo ela, remonta ao primeiro estágio de reconhecimento dos direitos humanos⁴³⁵.

Manifestando-se sobre a Constituição alemã, Alexy verbera que o conceito de restrição a um direito parece familiar e não problemático. O problema, segundo

fatos e ao requisito do motivo do ato administrativo; e) associada ao parâmetro anterior, encontra-se também a motivação das decisões. Tradicionalmente predominou a regra da não obrigatoriedade de explicitar as razões da decisão, sobretudo no exercício do poder discricionário. Hoje a linha se inverteu, para prevalecer a exigência de motivação, salvo exceções; f) o poder discricionário deve observar as normas processuais e procedimentais, quanto pertinentes à atuação, tais como: contraditório, ampla defesa, adequada instrução, inclusive com informações técnicas e atos probatórios; g) garantias organizacionais também se incluem entre os parâmetros do poder discricionário; por exemplo: a composição e o modo de funcionamento interno dos órgãos, em especial dos colegiados que decidem ou atuam no processo de decisão; as regras de abstenção ou relativas a impedimentos, ligadas ao princípio constitucional da impessoalidade; h) preceitos referentes à forma, ou seja, ao modo de exteriorização das decisões administrativas”, cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 129.

⁴³³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 129.

⁴³⁴ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C70-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF].

Acesso em 30 jun. 2014.

⁴³⁵ A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já enunciava em seu artigo 29, parágrafo 2º que: “No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar numa sociedade democrática”, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As restrições aos Direitos Fundamentais nas Relações de Sujeição. In: *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Orgs. Daniel Sarmiento e Flavio Galdino. Rio de Janeiro, 2006. p. 604.

ele, parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas mormente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações⁴³⁶.

Alerta Gilmar Mendes que o estudo dos direitos fundamentais e de suas limitações não deve perder de vista a sua estrutura dogmática. Registra, outrossim, o autor que a definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para a análise de qualquer direito fundamental⁴³⁷.

Em sendo o direito fundamental à proteção da saúde um direito *prima facie* cujo conteúdo depende da ponderação com outros princípios e regras, imprescindível para o estudo do controle judicial sobre os atos administrativos referentes às políticas públicas de saúde a abordagem teórica das restrições dos direitos sociais.

3.4.1. Restrição dos direitos fundamentais e teoria dos princípios

De tudo que foi abordado até aqui restou evidenciado o caráter *prima facie* dos princípios, na medida em que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. A restrição aos direitos fundamentais, sob a forma de princípios, só pode ser efetivada mediante a ponderação com princípios colidentes, com o emprego do postulado da proporcionalidade e seus subprincípios: o da adequação; o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Afirma-se que a finalidade precípua da máxima da proporcionalidade é a contenção do arbítrio estatal, estabelecendo critérios para o controle de medidas

⁴³⁶ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 276.

⁴³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.219.

restritivas de direitos fundamentais ou de outros interesses juridicamente protegidos⁴³⁸.

Alexy registra a existência de conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade; e, para ele, essa conexão não poderia ser mais estreita, visto que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela⁴³⁹. Afirma ainda o autor que o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de sopesamento quando elas colidem com princípios contraditórios. E, por isso, segundo Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais⁴⁴⁰.

Esclarece Ávila que o postulado da proporcionalidade se aplica somente em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de forma que se possa examinar a adequação (o meio promove o fim?), a necessidade (entre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e a proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela consecução do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)⁴⁴¹. Diante de tais considerações, Ávila conclui que a aplicação do postulado da proporcionalidade depende de elementos sem os quais não pode ser aplicado, quais sejam, um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade⁴⁴². Em outras palavras, o exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade⁴⁴³.

Observa-se, assim, que os subprincípios da adequação e da necessidade estão relacionadas às possibilidades fáticas e o subprincípio da proporcionalidade em sentido restrito referente às possibilidades jurídicas.

Cabe ressaltar, outrossim, que a proporcionalidade não consiste em um princípio, mas sim em um postulado normativo aplicativo, visto que seus

⁴³⁸ SOUZA NETO, C.P.de; SARMENTO, D., op. cit., 2012. p. 650.

⁴³⁹ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 116.

⁴⁴⁰ Ibid., p.117-118.

⁴⁴¹ ÁVILA, H., op. cit., 2007. p.161.

⁴⁴² Ibid., p. 161.

⁴⁴³ Ibid., p. 162.

subpostulados adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderados em relação a algo diferente; não se passa que algumas vezes tenham precedência, outras não; o que se indaga é se essas exigências são satisfeitas ou não e se sua não-satisfação traz como consequência a ilegalidade; daí a razão dessas três exigências serem classificadas como regras⁴⁴⁴.

Especificamente ao direito da proteção da saúde⁴⁴⁵, seu caráter *prima facie* sugere que seu conteúdo normativo, direito a um completo bem estar físico, mental e social deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e materiais existentes, podendo, todavia, ser cumprido em diferentes gradações.

Desse modo, para se identificar a existência de um direito definitivo a uma prestação estatal de saúde faz-se necessária a análise da adequação da medida, o meio adotado deve ser apto para contribuir para a realização do fim. No caso do direito ao fornecimento de um medicamento pelo Estado, deve-se avaliar sua eficácia terapêutica para a patologia do autor/paciente. Em seguida, deve-se verificar a necessidade, dentre as diversas medidas possíveis que promovam com a

⁴⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/aplicação do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.179.

⁴⁴⁵ A título ilustrativo, segue trecho de decisão na qual fez-se uso da máxima da proporcionalidade para solucionar conflito envolvendo o direito à proteção da saúde, “com vistas à solução do conflito formado, entendo que é necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade, com a verificação da presença dos requisitos a ele inerentes; a) necessidade; b) adequação e c) proporcionalidade em sentido estrito. A aferição da existência de tais condições evita a imposição ao Estado de obrigações desnecessárias, inadequadas ou desproporcionais ao resultado pretendido, desproporcionais na relação custo/bem-estar- saúde proporcionadas pelo medicamento ou tratamento. O Estado deve estar 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 paciente que não tenham se submetidos aos tratamentos previstos pelo SUS, e que têm indicação médica para o caso. No caso dos autos, da leitura do laudo pericial (evento 30) extrai-se que a terapia pretendida pelo autor não afastou as hipóteses ‘a’ e ‘b’ acima descritas. Em primeiro lugar, porque de acordo com a resposta ao quesito ‘b’ do Juízo (Laudo1), o autor fez uso de algumas terapias disponibilizadas pelo SUS, mas não as esgotou. Vale dizer, das possibilidades oferecidas pelo SUS, quais sejam, a fototerapia e os medicamentos Metotrexato, Acitretin e Ciclosporina, o autor não utilizou a Ciclosporina. E ainda, para as demais, o Perito indicou a possibilidade de associações medicamentosas, aumento de dosagem e alteração de via oral para injetável para melhorar os resultados do tratamento e reduzir os efeitos colaterais”. Trata-se de decisão que indeferiu pedido de antecipação de tutela para fornecimento do medicamento, adalimumabe, não constantes nas listas do SUS, com custo mensal de R\$ 6,767,00 para tratamento de psoríase. Extraído de decisão do TRF 4º região, 3ª Turma, Agravo de Instrumento nº 5020812-72.2013.404.0000, Relator: Fernando Quadros, DE 12.09.2013.

mesma intensidade uma determinada finalidade, o Estado opte sempre pelo menos gravoso, nessa hipótese, a prestação de saúde requerida pelo autor será confrontada com outras não requerida, mas disponíveis. E, por fim, a verificação da proporcionalidade em sentido estrito da medida, a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida seja compensada pela promoção do interesse contraposto, aqui, portanto, deve-se analisar o grau de realização do direito social à saúde que o medicamento proporciona e o impacto que seu fornecimento provoca nos direitos dos indivíduos e da comunidade. Se a vantagem auferida for insignificante diante do impacto ocasionado, não haverá direito ao medicamento. Se, ao contrário, o benefício superar seu impacto, haverá o direito definitivo à concessão do fármaco. E, aqui, nesse ponto, insta ressaltar que o impacto objeto de análise não se refere apenas àquele caso em concreto, mas a todos portadores da mesma necessidade que se encontram em situação idêntica.

Para Sarmento, na ponderação de interesse em casos dessa natureza, deve figurar de um lado o direito social em questão, e do outro, os princípios colidentes, como a democracia, a separação de poderes e dos direitos de terceiros que seriam atingidos ou economicamente inviabilizados caso fosse universalizada a prestação demandada⁴⁴⁶.

Quando se afirma que o direito à proteção da saúde colide com a competência orçamentária do legislador, princípios referidos por Alexy como princípios formais, princípios materiais e interesses antagônicos, encontra-se na terceira fase do princípio da proporcionalidade, no âmbito da ponderação, que, como visto, é chamada por Alexy de lei do sopesamento “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro⁴⁴⁷”. Assim, o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos.

É certo que a ponderação de princípios sempre resulta em uma regra que pode ser universalizada, isto é, aplicada a todos os casos que se apresentarem com as mesmas condições fáticas. Assim, como visto, não há silogismo, antes da ponderação, bem como resta evidente que a decisão depende da construção de um

⁴⁴⁶ SARMENTO, D., op. cit., 2010. p. 207-208.

⁴⁴⁷ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 167.

juízo sobre os fatos, daí a importância de uma instrução probatória satisfatória. O Ministro Gilmar Mendes, na STA 175, destacou a importância da instrução probatória em demandas desse jaez⁴⁴⁸.

Entretanto, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, há também outro julgado paradigmático acerca da efetivação do direito à proteção da saúde, no qual a fundamentação delineada neste precedente irradiou-se pelos demais tribunais e, a partir dela, criou-se o estado judicial de ampla garantia do direito do direito à proteção da saúde. Em casos dessa natureza, não é raro conferir a tal fundamentação o atributo de sopesamento; isto é, teria sido realizado o sopesamento, e, como resultado, obteve-se a prevalência do direito à proteção da saúde. Havia, de fato, uma estrutura de conflito, de um lado, a inviolabilidade do direito à vida e à saúde; de outro, um interesse financeiro e secundário do Estado. Todavia, as nuances do caso não são relevantes. Seguem as palavras do Relator, o Ministro Celso de Melo:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário de Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes⁴⁴⁹.

Do trecho da decisão acima transcrita, observa-se que, na verdade, já há uma hierarquização de antemão, isto é, foi elaborado um conflito rígido, como se sempre o direito à saúde tivesse que prevalecer. A propósito, Lenio Luiz Streck faz

⁴⁴⁸ “Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações, sentenças, peças processuais que, muitas vezes não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde”. STF, AGRG na STA 175, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17-03-2010.

⁴⁴⁹ Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, AGRG no Rec. Extraordinário nº 271.286-8, Rel. Min. Celso de Melo, DJ 24-11.2000.

severas críticas ao modo como vem sendo utilizada a teoria de Alexy pelos tribunais brasileiros⁴⁵⁰.

Cabe anotar que o uso do postulado da proporcionalidade como limitador do processo legislativo dá causa ao aparecimento do princípio da reserva legal proporcional para a determinação de restrições aos direitos fundamentais. Contudo, também tal postulado incide sobre a aplicação da lei pela Administração e Judiciário, eis que diante de suas características da abstração e generalidade, a lei não abarca todas as peculiaridades do caso concreto, o que só pode ser efetivado pelo seu aplicador.

Todavia, não se pode olvidar que tais restrições são limitadas, e nesse ponto, destaca-se a importância do princípio da proteção do núcleo essencial do direito fundamental. Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressão proteção do núcleo essencial, como é o caso do art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949 e na Constituição portuguesa de 1976 (art.18º, III). No caso da Alemanha, pode-se afirmar que tal dispositivo consistiu em uma reação contra os abusos efetivados pelo nacional-socialismo, e também vai ao encontro da doutrina constitucional da época de Weimar que almejava estabelecer limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais. Por razões parecidas, a Constituição portuguesa de 1976 (art. 18º, n.3) e a Constituição espanhola de 1978 (art. 53, n.1) também possuem dispositivos que limitam a atuação na restrição ou conformação dos direitos fundamentais⁴⁵¹. A ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais, porém o seu texto veda expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV)⁴⁵². Evidencia-se que o escopo principal do referido princípio é evitar o esvaziamento do

⁴⁵⁰ Lenio Luiz Streck anota que “no Brasil, os tribunais no uso descriterioso da teoria alexyana, transformam a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formatação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos (o chamado ‘caso Ellwanger’, que será discutido adiante, é uma boa amostra disso)”, cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição. Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

⁴⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 212.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 243.

conteúdo do direito fundamental, seja ele expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado imanente.

Não é uniforme na doutrina e jurisprudência o significado de núcleo essencial; nesse âmbito de controvérsia surgem duas teorias: absoluta e relativa. Para os defensores da primeira, o núcleo essencial dos direitos fundamentais consiste em uma unidade substancial autônoma, que em qualquer situação estaria imune à atuação legislativa. Essa concepção acolhe uma interpretação material segundo a qual há um espaço interior livre de qualquer intervenção. Existiria, portanto, um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador e outro seria insuscetível de limitação. Já os adeptos da teoria relativa defendem que o núcleo essencial deve ser um produto de um processo de ponderação, com supedâneo no princípio da proporcionalidade.

Ambas as teorias expostas são alvo de críticas. No que concerne à teoria absoluta, que adota a noção material de núcleo essencial, pode tornar-se, em muitos casos, numa fórmula vazia, em razão da dificuldade de se caracterizar abstratamente a existência do mínimo essencial. De outro giro, o acolhimento da teoria relativa pode levar a uma flexibilidade exagerada ao estatuto dos direitos fundamentais⁴⁵³. Ainda debate-se sobre o exato significado do princípio da proteção do núcleo essencial, se ele há de ser interpretado em sentido subjetivo ou objetivo. Sem dúvida, trata-se de tema bastante controverso na doutrina, todavia concorda-se com a ideia de que a proteção do núcleo essencial refere-se ao elemento essencial dos direitos fundamentais⁴⁵⁴.

Vê-se, portanto, que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais consiste em verdadeira barreira para os poderes públicos, revelando sua função limitadora da redução estatal. Não se pode olvidar, contudo, que esse núcleo essencial dos direitos fundamentais detém uma função positiva, eis que deve ser entendido também como uma determinação ao Estado de promoção daquele conteúdo do direito, e portanto vinculante.

A propósito, Gilmar Mendes registra que:

⁴⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 242-243.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 243.

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)⁴⁵⁵.

Para o estudo do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde, a delimitação do núcleo essencial do direito à proteção da saúde revela-se de importância ímpar, vez que, além de tratar-se de um limitador da restrição a ser efetivada pelo Estado, também consiste no espaço em que a exigência de sua realização material será possível.

3.5. O papel do Poder Judiciário no estado democrático de direito

O papel do Judiciário não é o mesmo que possuía na sua concepção clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Mas qual o papel adequado no Estado democrático de direito?

O art. 1º da Constituição de 1988 caracteriza o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito. Trata-se de fórmula composta, cujas adjetivações se conjugam para identificar a feição estatal, a que se pode acrescentar o caráter “social”, extraído da leitura completa do texto constitucional⁴⁵⁶.

O componente democrático traz à mente, de imediato, a ideia de “governo do povo para o povo”. Ou seja, o termo “democrático” é habitualmente associado aos aspectos de formação do governo, ao modo pelo qual são escolhidos aqueles que tomam as decisões em nome do povo. A esse enfoque ligam-se os diversos mecanismos pelos quais se ampliam as possibilidades de participação do povo na escolha dos governantes: extensão do direito de voto, formação de partidos

⁴⁵⁵ Extraído do voto do Ministro Gilmar Mendes. STF, AGRG na STA 175, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17-03-2010.

⁴⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 40.

políticos, igual acesso aos mandatos representativos, por exemplo. Esta é a chamada democracia da investidura⁴⁵⁷.

Gustavo Binjenbojm ainda acrescenta um novo elemento ao componente “democrático”, qual seja, a participação dos cidadãos na tomada de decisões. Para ele, a democracia consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que não sejam somente destinatários, mas autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado. Afirma ainda o autor:

Em um certo sentido, a democracia representa a projeção política da autonomia pública e privada dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais. A própria regra da maioria só é moralmente justificável em um contexto no qual os membros da comunidade são capacitados como agentes morais emancipados e tratados com igual respeito e consideração. Seu fundamento axiológico é o valor da igualdade, transsubstanciado juridicamente no princípio da isonomia, do qual se origina o próprio princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva.⁴⁵⁸

A expressão “Estado de direito”, hoje,

“liga-se a um contexto de valores e à ideia de que o direito não se resume na regra escrita. Seus elementos básicos são os seguintes: sujeição do poder público à lei e ao direito (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízes e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social⁴⁵⁹”.

Ana Paula de Barcellos ainda traz um conceito ainda mais simples, o Estado de Direito significa “o Estado no qual o exercício do poder político está submetido a regras jurídicas⁴⁶⁰”; e “um Estado de Direito Constitucional regido por uma Constituição rígida, essa submissão será ainda mais ampla⁴⁶¹”, eis que o poder

⁴⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 40.

⁴⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF]. Acesso em 30 jun.2014. p. 22.

⁴⁵⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 41.

⁴⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41.

⁴⁶¹ Ibid., p. 41.

político poderá, utilizando-se dos procedimentos adequados, alterar as regras jurídicas a que está submetido. Já em relação a uma Constituição rígida, o procedimento é mais complexo.

A Constituição de 1988 não menciona a expressão “Estado social”, nem agrega o termo social aos qualificativos “democrático” e “de direito”, no art. 1º. Mas indubitável é a preocupação social, sobretudo pela presença de um capítulo dedicado aos direitos sociais. Existe um *Estado social* quando se verifica uma generalização dos instrumentos e das ações públicas de bem estar⁴⁶².

Desse modo, as noções de Estado de Direito, de democracia e de socialidade, quando concentradas no Estado de Direito Democrático e Social, passam a compor uma realidade única e indissociável⁴⁶³.

Adotando as condições de possibilidade do Estado Democrático de Direito, o controle de políticas públicas quer dizer delimitar certo espaço de ação para o agente público. Hodiernamente, a despeito da íntima relação entre política pública e atos políticos, em especial diante da viragem hermenêutica constitucional causada pelo Neoconstitucionalismo, não há como se sustentar a ausência de controle de tais espécies de ação da Administração Pública, até porque as políticas públicas devem estar voltadas para a materialização de todo um conjunto de preceitos, princípios, direitos e garantias fundamentais.

Ana Paula de Barcellos ordena as características específicas mais destacadas do denominado neoconstitucionalismo em dois grupos principais: um que congrega elementos metodológicos-formais e outro que reúne elementos materiais. O primeiro grupo : (i) a normatividade da Constituição, isto é o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas); (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais

⁴⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41.

⁴⁶³ CAÚLA, César. *Dignidade da pessoa humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição. O caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 45.

ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Quanto ao segundo grupo, do ponto de vista material: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; (iii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional⁴⁶⁴.

Roberto Barroso também faz referência a uma virada jurisprudencial causada pela normatividade e efetividade das disposições constitucionais que significa as decisões dos tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional⁴⁶⁵. Hodiernamente, o Poder Judiciário assumiu um papel mais ativo no controle de políticas públicas. Para o autor, o fenômeno da judicialização⁴⁶⁶ das relações sociais no Brasil desenvolveu-se no contexto de constitucionalização – na esteira da corrente neoconstitucionalista – associado ao aumento da demanda por justiça e à ascensão institucional do Judiciário⁴⁶⁷.

Sobre essa transformação do papel do Poder Judiciário trata Antoine Garapon:

O direito, tanto o direito humano como o processual, tornou-se a referência maior da ação política. Não só para traduzir as reivindicações, mas também para organizar a ação administrativa. É sob a forma do direito e do processo que o cidadão das democracias realiza sua ação política. Eis por que a questão do ativismo judiciário é mal colocada. Não se trata da ação esporádica de alguns juízes

⁴⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.41.

⁴⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 876.

⁴⁶⁶ Sobre o conceito de judicialização, afirma Barroso “Judicialização significa que questões relevantes de ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Disponível em [http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo]. Acesso em 30 jun.2014.

⁴⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007.

desmiolados que querem brigar com o poder político, mas de uma evolução de expectativas quanto à responsabilidade política.⁴⁶⁸

Assim, a Constituição é norma central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, em especial os Poderes Públicos. Desse modo, tanto a atividade legislativa, jurisdicional e administrativa envolvem, por natural, a aplicação da Constituição e o cumprimento de suas normas. Desse modo, diz Ana Paula de Barcellos que se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade do sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição de políticas públicas – que irá ou não, concretizar esses fins – deve estar infensa ao controle jurídico. Afirma ainda a autora que “as políticas públicas têm de contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição⁴⁶⁹”. Mais adiante, anota, todavia, a autora que, dificilmente, o intérprete jurídico terá condições de avaliar, sozinho, se a política pública adotada pela autoridade é minimamente eficiente. E, nesse ponto, sugere a comunicação do Direito com outros ramos do conhecimento, que poderão fornecer essa espécie de informação ao jurista com consistência científica⁴⁷⁰.

O controle judicial das políticas públicas de saúde evidencia-se mais complexo, eis que ao mesmo tempo que a Constituição Federal estabelece a fundamentalidade do direito à proteção da saúde, confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à redução do risco de doenças. Estabelece também a garantia ao acesso universal e igualitário relativamente às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

De acordo com as disposições constitucionais já mencionadas, o SUS está fundamentado na ideia de pluralismo, em um ambiente democrático participativo. É correto considerar, portanto que seu modelo erigiu-se sobre uma estrutura

⁴⁶⁸ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – O guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan: 2001. p 45-46.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p 45-46.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p 45-46. A.P. Barcellos.

complexa, cujo modelo de gestão pressupõe a instituição de diálogos, por meio de debates, pressões e propostas dos diversos setores da sociedade⁴⁷¹.

No que tange a política de distribuição de medicamentos, cabe a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão federal do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária a avaliação final e concessão do registro de medicamentos. É de sua responsabilidade também decidir acerca da manutenção ou retirada de medicamentos do mercado brasileiro, consoante as informações sobre seus benefícios e riscos, e até mesmo danos à saúde, provenientes de estudos posteriores à comercialização.

Com efeito, a despeito de os medicamentos terem fundamental importância para a manutenção da saúde e qualidade de vida das pessoas, não se pode olvidar que podem ser também potenciais fontes de agravos e danos à saúde quando utilizados de modo indevido.

Fabíola Vieira e Paola Zucchi⁴⁷² concluíram que grande parte das decisões judiciais determinam o fornecimento de medicamentos que (1) não fazem parte da lista do SUS, (2) possuem substitutos mais baratos e (3) cuja comercialização não foi ainda autorizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou, até mesmo (4) remédios cuja efetividade ainda precisa de mais testes clínicos para ser comprovada.

Na audiência pública da saúde realizada no Supremo Tribunal Federal, foi ouvido o Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA, Dirceu Raposo de Mello, que explicou os critérios analisados para que um medicamento seja registrado pela entidade (segurança, eficácia e qualidade farmacotécnica) que são estabelecidos pela Lei nº 6.360/76.

Com base nos standards propostos por Gustavo Binenbojm acerca do controle jurisdicional sobre atos administrativos, quais sejam,: (i) grau de restrição a direitos fundamentais (quanto maior, mais intenso o controle); (ii) grau de

⁴⁷¹ CIARLINI, Alvaro. *Desjudicialização da Saúde: Um bem necessário?* Disponível em [<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/743/1036>]. Acesso em 30 de junho de 2014. p. 103.

⁴⁷² VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública*, 41(2), p. 214-222, 2007.

objetividade extraível do relato normativo (quanto maior, mais intenso o controle); (iii) grau de tecnicidade da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (v) grau de participação efetiva e consenso obtido em torno da decisão administrativa (quanto maior, menos intenso o controle)⁴⁷³; sustento que o controle das políticas públicas de saúde, em especial, o de política de distribuição de medicamentos deve ser realizado com extrema cautela, diante da tecnicidade da matéria, e da participação efetiva dos interessados na elaboração das políticas públicas de saúde.

No artigo “O Judiciário e as políticas públicas”, Virgílio Afonso da Silva, aduz que a previsão dos direitos sociais na constituição brasileira (ou em qualquer outra constituição) não pode ser encarada como simples “lírica constitucional”, ou seja, não é possível que não haja nenhuma consequência jurídica concreta para essa previsão; por outro lado, entende o autor que direitos sociais não devem ser tratados como se tivessem a mesma estrutura dos chamados direitos individuais, eis que os juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes. Segundo o Virgílio Afonso da Silva é possível defender uma forma de ativismo judicial⁴⁷⁴, ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais. Desse modo, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar os

⁴⁷³ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>]. Acesso em 30 jun. 2014.

⁴⁷⁴ Barroso faz um breve histórico da expressão ativismo judicial, “Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”, Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Disponível em [<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>]. Acesso em 30 jul. 2014.

direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva. Sem essas mudanças, tem-se o que o autor denominou de “ativismo judicial despreparado”⁴⁷⁵.

Sarmiento registra que, em matéria de controle judicial de políticas públicas, além da dificuldade decorrente da falta de expertise dos julgadores, há também o problema que resulta da própria dinâmica dos processos judiciais. O processo judicial foi pensado com foco nas questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são somente aqueles das partes devidamente representadas. Todavia, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve mormente questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, eis que em face da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais. Para o autor, boas decisões nesta área pressupõem a capacidade de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de se obter no âmbito de um processo judicial⁴⁷⁶.

José Reinaldo Lima Lopes entende que os direitos sociais, especialmente saúde e educação, realizam-se pela provisão de bens coletivos. Não acredita, todavia, o autor, que isso seria um obstáculo a sua “justiciabilidade”, mas alerta “é bom estar consciente do fato”⁴⁷⁷. Continua o autor:

Os bens coletivos precisam ser criados ou aumentados por meio de gastos e programas orçamentários. Por isso, o fornecedor dos bens coletivos necessita de recursos materiais e institucionais (recurso de poder) tanto para criá-los quanto para evitar o perigo sempre constante do carona (o free-rider, ou predador), que valendo-se das características de bem público/coletivo, tenta beneficiar-se dele sem pagar a respectiva “conta”⁴⁷⁸.

Ciarlini alerta para o fato de que as demandas envolvendo a saúde são invariavelmente formalizadas por meio de ações individuais, as chamadas “ações

⁴⁷⁵ SILVA, Virgílio Afonso. “O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”, in: Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmiento. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599.

⁴⁷⁶ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 210.

⁴⁷⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais. Teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 236.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 236.

cominatórias”, que objetivam principalmente a obtenção de medicamentos⁴⁷⁹. O autor ressalta a necessidade de veiculação dos interesses referidos ao direito à saúde por intermédio da ação civil pública:

A possibilidade de implementação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, se analisada sob o enfoque do propugnado equilíbrio entre autonomia e bem estar, não pode prescindir, portanto, em um primeiro momento, da devida sensibilização dos atores envolvidos na solução desse complexo problema sobre a indispensabilidade de a adoção de um remédio jurídico que viabilize a ponderação acerca dos interesses difusos juridicamente relevantes e que, pelo aspecto de sua generalidade, imponha-se por meio de uma sentença de cunho normativo, ao revelar a peculiaridade de que sua coisa julgada “se alavanca ultra partes e erga omnes⁴⁸⁰”.

Daniel Wang sustenta que, a despeito de considerar válidas as críticas e reservas à Judicialização da saúde, como a falta de informação e conhecimento dos juízes para alocarem recursos escassos e a falta de legitimidade dos juízes para alocarem recursos escassos, não se pode deixar de perceber que o Judiciário pode ter uma função importante dentro de um Estado Democrático, e sua participação eficiente do ponto de vista da cidadania civil e da *accountability* – pode significar uma ampliação democrática para além dos limites demarcados pela democracia representativa, inclusive em matéria de políticas públicas e direitos sociais. Também destaca o autor que o Judiciário pode ainda ser mais um espaço para aqueles grupos que não participam dos Conselhos de Saúde possam se manifestar de forma efetiva⁴⁸¹.

Desse modo, Daniel Wang sustenta que o papel que o Judiciário poderia legitimamente exercer em matéria de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais dentro de um Estado Democrático de Direito seria o de uma “instância de reflexão do processo político”, utilizando-se de uma expressão de Alexy, em que sua

⁴⁷⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais. Teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 236.

⁴⁸⁰ CIARLINI, Álvaro Luís de A. S. *Direito à Saúde. Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 237.

⁴⁸¹ WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e Participação democrática nas políticas públicas de saúde*. Disponível em: [www.teses.usp.br/.../publico/Daniel_Wei_Liang_Wang_Dissertacao.pdf]. Acesso em: 04 de julho de 2013.

legitimidade está na sua “representação argumentativa” ao invés de “representação política”, como é o caso dos poderes Legislativo e Executivo⁴⁸².

Acredita Daniel Wang que o Judiciário pode promover um diálogo com a administração pública, de modo que caberia a esta o ônus de explicar porque certa política concretizadora de um direito social não foi executada ou está sendo mal executada, se já está empregando o máximo de seus esforços e recursos em outras áreas prioritárias, se possui informação suficiente acerca das necessidades existentes ou se já foram tomadas providências para atender a demanda reclamada⁴⁸³. Funcionaria o Poder Judiciário, para ele, como um espaço de questionamentos das decisões tomadas pelo Executivo⁴⁸⁴.

Até porque os problemas de eficácia social do direito à proteção da saúde “devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados⁴⁸⁵”.

O fato é que diuturnamente a realidade nos mostra as falhas na concretização do direito à proteção da saúde e ao Judiciário é proposto o desafio de conferir eficácia a esse direito. Como bem disse Gustavo Amaral, “o deslocamento do foco do legislador para o aplicador da norma torna o Direito um “servo de dois senhores”, a lei e a realidade⁴⁸⁶”. Para José Reinaldo de Lima Lopes, os tribunais não são instâncias de proclamação abstrata de direitos, mas lugares onde se faz um juízo particular, concedendo ou negando a cada um o que lhe é devido na forma da regra universal⁴⁸⁷.

⁴⁸² WANG, Daniel Wei Liang. Poder Judiciário e Participação democrática nas políticas públicas de saúde. Disponível em: [www.teses.usp.br/.../publico/Daniel_Wei_Liang_Wang_Dissertacao.pdf]. Acesso em: 04 de julho de 2013.

⁴⁸³ Ibid.

⁴⁸⁴ Ibid.

⁴⁸⁵ Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes da citada decisão proferida na STA-175.

⁴⁸⁶ AMARAL, Gustavo. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de Cada Um: Reflexões para a Transição da Práxis Judiciária. In: O CNJ e os desafios da efetivação do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 99.

⁴⁸⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da “reserva do possível”*. In Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benett (Orgs). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 192.

Estudioso do tema, controle judicial sobre as políticas públicas de saúde, Álvaro Ciarlini indica importante diretriz que deve ser observada pelo julgador quando imerso em uma situação de análise de possíveis omissões administrativas:

A decisão judicial, além de procurar cercar-se dos apontamentos técnicos relativos à referida esfera de atuação do poder executivo, deverá atentar ainda à repercussão de sua decisão no âmbito próprio à Administração Pública. Com isto, o juiz assumirá os ônus decorrentes de sua postura ativista, ao se aprofundar na percepção dos efeitos de sua conduta decisória⁴⁸⁸.

Gustavo Amaral também manifesta preocupação com as consequências da decisão em processos individuais em ações envolvendo direito à proteção da saúde. Destaca o autor que, na aplicação, é necessário levar em consideração o caso concreto, visto que ele alberga não somente a necessidade relativa àqueles indicados na ação, mas também os resultados que se pode razoavelmente esperar “(1) da enunciação como regra de que todos os casos com as mesmas características devem ser ou não atendidas e (2) da indisponibilidade dos meios utilizados para atender aos beneficiados pelo pedido para atender a outros⁴⁸⁹”.

Acerca das demandas relativas à saúde no Brasil, sustenta Bernardo Augusto Ferreira Duarte que os julgadores não hão de ser nem “passivistas”, coniventes com a situação de desigualdade social existente no país e com a ineficácia desse relevante Direito fundamental, nem “ativistas” inconsequentes,

que ao contrário dos primeiros, procuram, *a la Hollywood*, fazer justiça com as próprias mãos. Antes, o seu dever é com a coerência argumentativa de suas decisões, à luz de uma visão holística e discursiva do Direito, tendo em vista o seu caráter deontológico e cogente. Eles devem buscar discursivamente, isto é, a partir dos influxos trazidos pelas partes e pelos interessados na causa a delimitação legítima do âmbito normativo do Direito à saúde, sempre conscientes das consequências que suas decisões, eventualmente, poderão causar para os demais membros da sociedade brasileira⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ CIARLINI, Álvaro Luís de A. S. *Direito à Saúde. Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.233.

⁴⁸⁹ AMARAL, Gustavo. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de Cada Um: Reflexões para a Transição da Práxis Judiciária. In: O CNJ e os desafios da efetivação do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.107

⁴⁹⁰ DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. Em busca da Legitimidade dos discursos jurisdicionais relativos ao direito à saúde: uma análise a partir da reviravolta Hermenêutico-Linguístico-

A avaliação das consequências práticas das decisões é um dos elementos centrais do denominado pragmatismo. O que é relevante é a repercussão no mundo social. Afirma Sarmento que uma das principais objeções ao consequencialismo é a de que tende a assumir um caráter utilitarista, que pode levar à relativização da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana em prol da concretização de metas coletivas. Mais adiante, contudo, entende o autor que é possível adotar-se um consequencialismo não utilitarista, ao avaliar as consequências de uma decisão não com base em pautas utilitaristas, mas com base no sistema de valores da própria Constituição⁴⁹¹.

Entende-se que é inevitável essa “Politização da razão judiciária, judicialização da razão política”⁴⁹², expressões utilizadas por Antoine Garapon, visto que é requisito básico para a existência de um regime democrático o respeito aos direitos fundamentais, devendo o Poder Judiciário ser estruturado para cumprir a função de resguardar a eficácia e a integridade desses direitos. Todavia, a atividade judicial deve buscar respeitar as opções legislativas e administrativas elaboradas acerca da matéria pelos poderes institucionais competentes. Portanto, na existência de leis e atos administrativos, e esses não sendo cumpridos, cabe a intervenção dos juízes e tribunais. Todavia, havendo leis e atos administrativos tornando efetivas as normas constitucionais, e sendo devidamente aplicados, eventual interferência judicial deve ser de autocontenção (*self restrain*).

Os defensores de um papel ativo do Poder Judiciário argumentam que a própria teoria democrática reúne premissas que permitem apoiá-lo. Nessa toada, Cappelletti aduz que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, segundo o autor, significa também participação, tolerância e liberdade. Para ele,

um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em

pragmática.2011. 519F. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

⁴⁹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.585.

⁴⁹² GARAPON, Antoine. op. cit., 2001. p. 44.

face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas)⁴⁹³.

Sérgio Tamer sustenta que os Estados democráticos só poderão subsistir como tal, caso promovam iguais oportunidades no acesso aos bens primários da coletividade, inclusive, mediante medidas judiciais assecuratórias⁴⁹⁴. Sustenta o autor que, ao lado da sua função preponderante, que é a de julgar, deve ganhar realce a sua função atípica, mas não menos legítima e importante, que é a de estatuir, para que possa compartilhar com os demais poderes a promoção do bem estar social e a realização da justiça social⁴⁹⁵.

No presente estudo, defende-se a atuação do Poder Judiciário como mais um reforço para a efetividade aos comandos constitucionais, mormente os direitos sociais. Portanto, os questionamentos referentes ao problema da judicialização da saúde, e, mais especificamente, da assistência farmacêutica, demandam uma solução intermediária entre os extremos de negar completamente a atuação do Poder Judiciário e as que sustentam a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação de saúde, como se o direito fundamental à proteção da saúde fosse absoluto, imponderável, olvidando, por completo, o processo de deliberação, que envolve diversos interesses na formulação de políticas públicas, bem como os princípios alocativos.

Os conflitos próprios do constitucionalismo contemporâneo ocorrem frequentemente entre direitos fundamentais porque não é possível hierarquizá-los em abstrato, dada a sua fundamentalidade, daí a necessidade da técnica da ponderação. Por essa razão, Gustavo Binenbojm asseverou que o Estado Democrático de Direito é um Estado de Ponderação, pois a ponderação proporcional passa a ser considerada como medida otimizador de todos os princípios, bens e

⁴⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 107.

⁴⁹⁴ TAMER, Sérgio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 256.

⁴⁹⁵ Ibid., p. 257.

interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude decisória efetivados pelo Judiciário e pela Administração Pública.

Desse modo ,deverá o Poder Judiciário proceder a um juízo de ponderação entre os direitos conflitantes, e com fulcro nos postulados da concordância prática e da proporcionalidade, determinar os ajustes necessários às escolhas alocativas implementadas pela Administração Pública, sempre que esta deixar de observar, neste processo decisório, os parâmetros jurídicos corretos⁴⁹⁶. Para Sarmiento, falar em ponderação é pouco, pois esta, desacompanhada de *standards* que a estruturam e limitem, “pode transformar-se numa “caixa preta”, de onde o intérprete consegue sacar quase qualquer solução, convertendo-se num rótulo pomposo para o mais deslavado decisionismo⁴⁹⁷”.

Deve-se ressaltar, todavia, que a *ratio* do controle exercido pelo Poder Judiciário, longe de buscar a sedimentação de uma superioridade hierárquica no plano institucional, é a de velar para que o exercício do poder mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica, substrato legitimador de sua existência. Dessa forma, não se identificará um juízo censório à atividade desenvolvida por outro poder, mas, sim, uma aplicação do sistema de “freios e contrapesos”, inerente ao regime democrático e cujo escopo é garantir o bem estar da coletividade⁴⁹⁸.

Para que se possa sugerir algumas diretrizes com o fito de racionalizar a atuação judicial, far-se-á necessário, previamente, analisar os conflitos protagonizados pelo direito à proteção da saúde, com enfoque nas demandas que postulam medicamentos.

⁴⁹⁶ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 269.

⁴⁹⁷ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 196.

⁴⁹⁸ GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. JURE – *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Disponível em: [<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/>]. Acesso em 04 de julho de 2014.

3.6. Os conflitos protagonizados pelo direito à proteção da saúde

A análise dos conflitos em que o direito à proteção da saúde pode figurar é de suma importância para a elaboração da *lei de colisão* (de normas adstritas de direito fundamental, que submetem a seu comando um estado de coisas como se fosse uma norma legislada). Desse modo, será objeto de estudo o conflito entre o direito à proteção da saúde de uns versus direito à saúde de outros; direito à proteção da saúde e outros direitos sociais; e o direito à proteção da saúde e os princípios orçamentários.

3.6.1. Direito à proteção da saúde de uns versus direito à proteção da saúde de outros

Casos como o do “paciente de R\$ 800 mil⁴⁹⁹”, e mais, recentemente, o da bebê Sofia chamam a atenção do país para a questão da judicialização da saúde, tendo em vista que houve decisão do Tribunal Regional da 3ª região obrigando o SUS a custear procedimento complexo a ser realizado nos Estados Unidos num custo estimado em até R\$ 2 (dois) milhões⁵⁰⁰. A menor nasceu com síndrome de Berdor, uma doença rara, que provoca problemas no intestino, na bexiga e no

⁴⁹⁹ Destaca-se o caso divulgado pela Revista Época (nº 722, de 19 de março de 2012) - “Paciente de R\$ 800 mil”, cujo tratamento disponibilizado pelo SUS, por força de decisão judicial, é o medicamento Soliris (Eculizumab) para amenizar as complicações de uma forma rara de anemia, denominada hemoglobinúria paroxística noturna (HPN). Pode-se dizer que a HPN é uma anemia crônica causada pela decomposição excessivamente rápida dos glóbulos vermelhos, causadora de vários problemas que podem levar à morte. O Soliris não consta nas listagens do SUS, pois não é vendido no Brasil. Importado vem em pequenos frascos. Cada vidrinho de 30 mililitros custa mais de R\$ 11 mil. Portanto, são R\$ 35 mil a cada 15 dias. Cerca de 70 mil por mês. Mais de 800 mil por ano. Em cinco anos, os gastos (somente com o medicamento) ultrapassarão os R\$ 4 milhões. O remédio não cura, mas melhora a qualidade de vida. Como alternativa para o tratamento tem-se a indicação de transplante de medula, que custa cerca de R\$ 50 mil reais ao SUS e é a única possibilidade de cura. Porém, consoante as informações contidas na revista o paciente nunca procurou essa alternativa, sendo encaminhado por um médico de São José dos Campos para ser atendido por um hematologista, do Sírio Libanês, que, por sua vez, indicou uma advogada para entrar com uma ação contra o Estado de São Paulo pleiteando o referido medicamento.

⁵⁰⁰ FERRAZ, Otávio; WANG, Daniel. *As duas portas do SUS*. Disponível em [http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/171851-as-duas-portas-do-sus-shtml]. Acesso em 19 de junho de 2014.

estômago com indicação para transplante multivisceral que não é realizado no Brasil.

Acerca do caso apresentado, Otavio Ferraz e Daniel Wang em artigo intitulado “As duas portas do SUS” verberam:

A judicialização da saúde no modelo brasileiro está criando um SUS de duas portas: um para aqueles que vão ao Judiciário, para quem “a vida não tem preço” e conseguem assim acesso irrestrito aos recursos estatais para satisfazer suas necessidades em saúde; outra para o resto da população, que invariavelmente, tem acesso limitado, e mais limitado ainda pelo redirecionamento de recursos que beneficia aqueles que entraram pela outra porta⁵⁰¹.

A situação apresentada por Otavio Ferraz e Daniel Wang é o que Cass Sustein denomina “Health-health tradeoffs⁵⁰²”, isto é, aqueles casos em que a diminuição de um risco à saúde simultaneamente aumenta um outro risco para a saúde.

Nessa senda, Gustavo Amaral e Danielle Melo registram que a ideia de escassez traz consigo a noção de trade-off. Com o fito de esclarecer referida expressão afirmam que “a alocação de recursos envolve, simultaneamente, a escolha do que atender e do que não atender”. Isto é, “preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as direções possíveis”. E, mais adiante, anotam os autores “Não se trata de algo ‘mau’, mas sim de uma característica inexorável”.⁵⁰³

Diante do altíssimo custo do tratamento experimental determinado pelo Poder Judiciário em casos como esse da bebê Sofia, surge a indagação acerca da repartição dos recursos escassos, eis que “as prestações nascem, exatamente, sob

⁵⁰¹ FERRAZ, Otávio; WANG, Daniel. *As duas portas do SUS*. Disponível em [http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/171851-as-duas-portas-do-sus-shtml]. Acesso em 19 de junho de 2014.

⁵⁰² SUSTEIN, CASS. Health-Health tradeoff. Disponível em [http://www.law.uchicago.edu/files/files/42.CRS_Health.pdf]. Acesso em: 04 de julho de 2014.

⁵⁰³ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos. *In* Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benett (Orgs). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 101.

o signo da repartição, de maneira que razoável fração dos equívocos que se veem no manejo do conceito de direitos sociais advêm exatamente da utilização de noções individualistas para tratar um objeto comunitário⁵⁰⁴. Para Gustavo Amaral, decisões dessa natureza “isoladamente podem até fazer sentido, mas coletivamente não fazem⁵⁰⁵”.

Diante do fato de nos Estados Unidos a Constituição Federal não prever direitos sociais expressamente no seu texto e nos precedentes da Corte Suprema, a doutrina americana acaba muitas vezes por não abordar o tema dos custos dos direitos, com exceção de Sustain C. & Holmes⁵⁰⁶. Todavia, foi no círculo acadêmico americano que a análise econômica do direito floresceu. Interessa para a análise econômica do direito a seguinte indagação: “até onde e qual o melhor modo de se promoverem os direitos sociais e a assistência social prevista na Constituição Federal brasileira?⁵⁰⁷”. A resposta a tal indagação é dada por Luciano Timm “a melhor forma do Estado cumprir o seu papel é pela via da criação de políticas públicas sociais e assistenciais dentro das orientações das melhores práticas administrativas e econômicas a fim de dotar o gasto de maior eficiência (ou seja, evitando o desperdício), atingindo um maior número de pessoas⁵⁰⁸”.

Tal entendimento foi albergado pela decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie, na STA 91⁵⁰⁹, na qual o Estado de Alagoas requereu a suspensão da execução de tutela antecipada concedida em ação civil pública que determinou “o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados”. O estado argumenta a

⁵⁰⁴ CAÚLA, CÉSAR. *Dignidade da pessoa humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição. O caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*. Salvador: Juspodivm, 2010. p.47.

⁵⁰⁵ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos. *In Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”*. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benett (Orgs). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p.87.

⁵⁰⁶ Cf. HOLMES, Stephen, SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W.W. Norton & Company: New York, 1999.

⁵⁰⁷ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. *In Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”*. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benett (Orgs). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p.67.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p.67

⁵⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisões da Presidência. Suspensão de Tutela Antecipada. STA 91/AL – ALAGOAS. Relator: Ellen Gracie. DJ 05 marc.2007.PP-00023RDDP n.50, 2007, p.165-167. Disponível em: [\[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA\\$.SCLA.%20E%2091.NUM.E.%29&base=basePresidencia\]](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA$.SCLA.%20E%2091.NUM.E.%29&base=basePresidencia). Acesso em: julho 2014.

ocorrência de grave lesão à economia pública. A liminar impugnada seria genérica ao determinar que o Estado fornecesse “todo e qualquer medicamento necessário ao tratamento dos transplantados renais e pacientes renais crônicos”, impondo a entrega de medicamentos que não seriam da competência do ente federado. O “fornecimento de medicamentos, além daqueles relacionados na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde e sem o necessário cadastramento dos pacientes inviabilizaria a programação do Poder Público”, o que comprometeria o adequado cumprimento da política pública. O pedido de suspensão de tutela antecipada foi deferido parcialmente para limitar a responsabilidade aos medicamentos constantes da portaria. A relatora indicou que a ação contemplou medicamentos que não seriam de responsabilidade do Estado, mas do Município de Maceió. Como elementos de fundamentação apontou que a gestão da política nacional de saúde buscaria atingir o maior número possível de beneficiários, que o direito à saúde referir-se-ia, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcançassem a população como um todo e não a situações individualizadas e que a responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não poderia vir a inviabilizar o sistema público de saúde. Fundamenta também que a tutela atingiria, por sua amplitude, esferas de competência distintas e que a sua execução estaria “diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade”.

Roberto Barroso entende que as pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, somente os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público, e, nessa hipótese, o réu na demanda deverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Continua o autor, “trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica⁵¹⁰”. Esse primeiro parâmetro de atuação judicial proposto pelo autor, decorre de um argumento democrático:

Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através de tributos. E é o próprio povo – quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes

⁵¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO, Cláudio de Souza; SARMENTO, Daniel (coord.). Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 876.

eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento⁵¹¹.

Para Gilmar Mendes, a garantia judicial da proteção individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que deve ser demonstrado e fundamentado caso a caso⁵¹².

Pode-se afirmar que a ausência de uma delimitação segura do que seria o princípio da integralidade foi responsável por grande parte desse aumento das demandas de saúde, mais especificamente que postulavam medicamentos. Nesse ponto, cabe destacar a mencionada lei nº12.401/2011 que recentemente definiu o princípio da integralidade, restringindo o seu alcance ao previsto em listas, protocolos e diretrizes terapêuticas no âmbito do SUS.

A maior parte da doutrina, no Brasil, todavia, entende que a prevalência do interesse público de cumprimento das políticas públicas elaboradas pelo Executivo e pelo Legislativo sobre os interesses individuais de acesso a medicamentos ou tratamentos não previstos pelas mesmas, pode ser observada, desde que não haja risco de perecimento a vida humana ou sua dignidade. Também há, nos Tribunais Superiores⁵¹³, firme orientação jurisprudencial consoante a qual o direito à vida e à saúde são direitos superiores, que não podem ser contrastados com as questões orçamentárias e organizacionais da Administração Pública. Haveria uma visão irrestrita do direito à proteção da saúde. O Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido maximalista, dilargando o conceito de direitos fundamentais⁵¹⁴. Gustavo

⁵¹¹ Ibid., p. 876.

⁵¹² STF, AGRG na STA 175, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17-03-2010.

⁵¹³ Nesse sentido, destaca-se o entendimento do Min. Celso de Mello, que no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0, assevera: “Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art.196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”.

⁵¹⁴ TORRES, Lobo Ricardo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In* Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benett (Orgs). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 79.

Amaral afirma haver uma “verdade estabelecida”, “certeza monolítica” nessa corrente majoritária⁵¹⁵.

Para Luciana Duarte, os fundamentos expostos para a hegemonia das políticas públicas sobre as necessidades individuais são adequados e válidos no tocante às demandas de segunda necessidade (aquelas que não se apresentam imperiosas para a manutenção da vida e que contribuem tão somente para o incremento de sua qualidade), não devendo prosperar quando estiver em jogo a vida humana, isto é, relacionadas ao núcleo essencial do direito à proteção da saúde, referentes, portando, as demandas de primeira necessidade (aquelas que se apresentam imperiosas para a preservação da vida)⁵¹⁶.

Na hipótese de uma prestação de saúde não estar prevista entre as políticas do SUS, aduz Gilmar Mendes, que é necessário distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação⁵¹⁷.

É certo que os problemas concretos deverão ser solucionados levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais abarca. Juízos de ponderação são imprescindíveis nesse contexto repleto de complexas relações conflituosas, e, por vezes, dramáticas.

Na hipótese em tela, o direito à proteção da saúde de uns colide com o direito à proteção da saúde de outros. Três situações podem se apresentar: a) direito à saúde de um tem implicações com a preservação da vida, e o dos demais, não (demandas de saúde de primeira necessidade de um versus demandas de saúde de segunda necessidade de muitos); b) o direito à saúde de todos não tem implicações com a preservação da vida (demandas de saúde de segunda necessidade de um versus demandas de saúde de segunda necessidade de muitos); c) o direito à saúde de todos tem implicações com a preservação da vida

⁵¹⁵ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos. *In* Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benett (Orgs). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 87.

⁵¹⁶ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 175.

⁵¹⁷ STF, AGRG na STA 175, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17-03-2010.

(demandadas de saúde de primeira necessidade de um versus demandas de saúde de primeira necessidade de muitos)⁵¹⁸.

No primeiro caso, em que colidem a demanda de primeira necessidade de um com demandas de segunda necessidade de muitos; diante do maior peso conferido ao direito à vida, eis que consiste em condição e pré-requisito para fruição dos demais direitos não haveria maiores dificuldades para a solução do conflito. Para Luciana Duarte, o direito à vida não comporta concretização em graus. Por essa razão, a *primeira lei de colisão* seria: as demandas de saúde de primeira necessidade prevalecem sobre as demandas de saúde de segunda necessidade, independentemente do número de pessoas beneficiadas por umas ou por outras⁵¹⁹.

No que toca aos conflitos entre demandas de segunda necessidade de um versus demandas de segunda necessidade de muitos, o direito à proteção da saúde seria um direito *prima facie*, de modo que sua concretização dar-se-ia, prioritariamente através de políticas públicas. Devendo-se levar em consideração o princípio da reserva do possível. Para a autora, nessa hipótese, o controle judicial sobre esta espécie sempre terá lugar diante de omissão do Poder Público na concretização de política pública já definida em lei e poderá, também, corrigir juízo de prioridade, erroneamente, feito pelos poderes competentes. Destaca ainda a autora a questão do custo financeiro da pretensão, quando esta foi deduzida em juízo, “considerados todos que precisam dela, de baixo custo financeiro e trazer grande benefício para o requerente, far-se-á possível, a despeito da ausência de previsão legal da prestação de saúde postulada, o seu deferimento”. E, quanto à elevada essencialidade da demanda de segunda necessidade entende a autora que mesmo com grande impacto financeiro e não contemplada em política pública formulada, poderá o Judiciário verificar a sua oferta a todos que estiverem na mesma situação jurídica. Desse modo, apresenta a autora a *segunda lei de colisão* “as demandas de saúde de segunda necessidade de elevada essencialidade

⁵¹⁸ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades, op. cit., 2011. p.175-176.

⁵¹⁹ Ibid., p.176.

prevalecem sobre as demandas de saúde de segunda necessidade de baixa essencialidade, independentemente do número de pessoas beneficiadas⁵²⁰”.

Por último, o direito à proteção da saúde de uns pode conflitar com o de outros, sendo todos eles alusivos à preservação da vida (demandas de primeira necessidade de um versus demandas de primeira necessidade de muitos). Nesse caso, não sendo possível preservar a vida de todos, impor-se-á a adoção de critérios ético-jurídicos para as decisões sobre quem priorizar. A literatura e a experiência clínica indicam vários critérios a serem usados, nessas circunstâncias, que implicam as chamadas “decisões trágicas”. Diante disso, a autora formula a *terceira lei de colisão* “o conflito entre as demandas de primeira necessidade deve ser solucionado mediante emprego de critérios ético-jurídicos que preservem o princípio da igualdade⁵²¹”.

A despeito de entender que as leis formuladas possam ajudar na resolução dos conflitos apresentados, nesse trabalho não sustento o direito à vida como uma regra, devendo sempre se recorrer à técnica da ponderação no caso concreto.

3.6.2. Direito à proteção da saúde versus outros direitos sociais

Faz-se mister distinguir entre os conflitos que podem se apresentar: a) direitos à proteção da saúde que tem implicações com a preservação da vida e outros direitos sociais (demandas de saúde de primeira necessidade versus outros direitos sociais); b) direitos à proteção da saúde não afetos à preservação da vida e outros direitos sociais (demandas de saúde de segunda necessidade versus outros direitos sociais)⁵²².

⁵²⁰ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.178.

⁵²¹ Ibid., p.178.

⁵²² Ibid., p.179.

Na primeira hipótese exposta, pode-se utilizar os mesmos argumentos para o conflito entre demandas de saúde de primeira necessidade de uns e as demandas de saúde de segunda necessidade de outros. Para autora, não se afigura justo nem razoável oferecer a uns educação, bem-estar físico, psíquico e social, moradia e outros direitos sociais, e negar a outros aquilo que é mais elementar a todo homem, a própria vida. Assim, apresenta a autora a *quarta lei de colisão*: as demandas de saúde de primeira necessidade prevalecem sobre os demais direitos sociais, independentemente do número de pessoas beneficiadas por cada um dos direitos envolvidos⁵²³.

Na segunda hipótese de conflito, direitos à proteção da saúde não afetos à preservação da vida (demandas de segunda necessidade) versus direitos sociais, deverá ser solucionada, preferencialmente, pelos poderes legitimados para a formulação das políticas públicas (Poderes Legislativo e Executivo) passando pelo filtro da proporcionalidade. Como já exposto, diante do modelo de direitos fundamentais sociais formulado por Alexy, “a definição de quais direitos sociais que o indivíduo possui é uma questão de ponderação entre princípios que sofre incidência dos princípios formais da competência do legislador democraticamente legitimado e do princípio da divisão de poderes”. Ressalva, todavia, Luciana Duarte, que a previsão legal é um parâmetro inicial para o desate do litígio ente os direitos sociais, mas não o definitivo. Para ela, remanesce a possibilidade de ponderação inclusive pelo Poder Judiciário. Todavia, a ponderação a ser realizada deve considerar a oferta do bem em questão a todos que se encontrem na mesma situação jurídica, por corolário da igualdade⁵²⁴. E, aqui, também se destaca a questão da essencialidade abordada nos conflitos entre as demandas de saúde de segunda necessidade de uns versus demandas de saúde de segunda necessidade de outros. Assim, apresenta a autora a *quinta lei de colisão*: os conflitos entre as demandas de saúde de segunda necessidade e outros direitos sociais devem ser solucionados mediante a análise da essencialidade de cada direito prevalecendo o mais importante para a preservação da dignidade humana, independentemente do número de pessoas a ser beneficiado.

⁵²³ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 179.

⁵²⁴ Ibid., p. 181.

3.6.3. Direito à proteção da saúde versus princípios financeiros

Alexy já havia assinalado que “uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento⁵²⁵” forem atingidos de forma não significativa pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Continua Alexy que “mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitem, enorme efeitos financeiros⁵²⁶”. Todavia, segundo o autor, isso isoladamente considerado, não significa uma conclusão contrária à sua existência. Para ele, “a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada⁵²⁷”. Não se trata, portanto, de um princípio absoluto, já que os “direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras⁵²⁸”.

Como visto, a demanda dos direito sociais cresce nas épocas de crise econômica, justamente quando há pouco a distribuir, e se faz imprescindível fixar prioridades. Poderiam afirmar que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos, ainda que mínimos, tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional⁵²⁹. Contesta Alexy, todavia, essa objeção, ao dizer que não são todos os direitos sociais que são exigidos como direitos fundamentais mínimos⁵³⁰.

Para Ricardo Lobo Torres, a proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, eis que a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas, ao contrário do que ocorre com os direitos sociais. Aduz ainda o autor que o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, já que tais direitos fundamentais não se encontram sob a

⁵²⁵ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 512.

⁵²⁶ Ibid., p. 512.

⁵²⁷ Ibid., p. 512.

⁵²⁸ Ibid., p. 512.

⁵²⁹ Ibid., p. 512.

⁵³⁰ Ibid., p. 513.

discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.)⁵³¹.

Todavia, registra Ricardo Lobo Torres que o problema se torna intrincado quando o mínimo existencial surge mesclado com os direitos sociais, como ocorre no campo das prestações de saúde após as emendas constitucionais vinculantes (ex. EC 29/2000). Nesses casos, a política pública se torna indispensável e a decisão judicial deve obrigar a implementação da policy pelos poderes políticos (Legislativo e Executivo)⁵³².

Adverte o autor ainda que, se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode afirmar que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Continua o autor “se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis”. Considera difíceis também as questões referentes a prestações não autorizadas no orçamento e não compreendidas nas despesas gerais dos órgãos públicos sustentadas pela arrecadação de impostos⁵³³.

Anota também Ricardo Lobo Torres que a exacerbação da judicialização das políticas públicas relacionadas com o mínimo existencial tem levado o Judiciário a deferir o sequestro de recursos públicos⁵³⁴.

A Constituição Federal reza, no seu art. 100, § 2º, que o Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequente determine o pagamento segundo as

⁵³¹ TORRES, Lobo Ricardo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In* Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benett (Orgs). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 82.

⁵³² *Ibid.*, p. 82.

⁵³³ TORRES, Lobo Ricardo. *op. cit.*, 2008. p. 82.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 84.

possibilidades do depósito, e autorize, a requerimento do credor, exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.

A jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal é no sentido da possibilidade do bloqueio de verbas públicas para garantir fornecimento de medicamentos⁵³⁵. Foi reconhecida a repercussão geral no RE nº 607.582/RS⁵³⁶, Relatora Ministra Rosa Weber.

Tem prevalecido também no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, com fulcro no art. 461, § 5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado, sob o fundamento de que os direitos à vida e à saúde são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada⁵³⁷.

Assim, anota Ricardo Lobo Torres que diante de norma especialíssima prevista na Constituição Federal (art. 100, § 2º: preterimento do direito de precedência no julgamento de precatório), “o Judiciário passa a fazer uso do sequestro de recursos do Estado em casos não previstos na Constituição, na lei ordinária nem no direito comparado, desarticulando perigosamente as finanças públicas⁵³⁸”.

De outra banda, aduz Luciana Duarte “que quando cotejados com a vida humana, os recursos financeiros não podem merecer maior peso⁵³⁹”. E, assim, formula a autora a sexta lei de colisão “as demandas de saúde de primeira necessidade prevalecem sobre os princípios financeiros⁵⁴⁰”. Já para a satisfação das demandas de saúde de segunda necessidade, faz-se necessária a observância dos princípios financeiros, eis que “não é moralmente aceitável a manutenção de um

⁵³⁵ AgR no AIRE nº 553.712/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. Julgamento: 19.05.2009. Publicação: 05.06.2009.

⁵³⁶ RE nº 607.582/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, Plenário Eletrônico. Julgamento; 13.08.10. Publicação:27.08.10.

⁵³⁷ Recurso Especial nº 784.241/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon.

⁵³⁸ TORRES, Lobo Ricardo. op. cit., 2008. p. 85.

⁵³⁹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 187.

⁵⁴⁰ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. op. cit., 2011. p. 188.

padrão elevado de vida a expensas de outrem⁵⁴¹”, e “não deve o Estado oferecer aos indivíduos um nível de qualidade de vida que não pode custear⁵⁴²”. Todavia, admite a autora exceções, quando a demanda de saúde de segunda necessidade for de extrema importância para a dignidade da pessoa humana, e assim enuncia sua sétima lei de colisão “o conflito entre demandas de saúde de segunda necessidade e os princípios financeiros deve ser solucionado considerando-se a essencialidade da demanda e o grau de afetamento dos princípios financeiros⁵⁴³”.

3.7. Escassez, a reserva do possível e os custos médicos

Afirmam Stephen Holmes e Cass Sustein, “taking rights seriously means taking scarcity seriously⁵⁴⁴”. A contribuição dos autores americanos para a chamada teoria dos custos dos direitos consiste no reconhecimento de custos para os direitos de liberdade, especificamente na sua faceta de abstenção, não havendo, portanto, qualquer distinção entre estes e os direitos sociais⁵⁴⁵ - eminentemente prestacionais, embora não exclusivamente. Para eles, os direitos custam porque os remédios jurídicos que o asseguram custam, o que conduziria a uma inadequação da clássica distinção entre direitos positivos e direitos negativos⁵⁴⁶. Daí resultam que todos os direitos são positivos, inclusive os que exigem mera abstenção do Estado.

⁵⁴¹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. op. cit., 2011. p.190.

⁵⁴² Ibid., p.190.

⁵⁴³ Ibid., p.190-191.

⁵⁴⁴ HOLMES, S., SUSTEIN, C.R., op. cit., p.94. Tradução livre: “Tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez”.

⁵⁴⁵ Segundo Flávio Galdino, o objetivo da obra *The cost of rights* é demonstrar que todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise por parte do Estado) para sua efetivação, cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 200.

⁵⁴⁶ “Where there is a right, there is a remedy” is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly”. - cf. HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000, p. 43. Tradução livre: ““Onde há um direito, há um remédio” esta é uma regra legal clássica. Indivíduos desfrutam de direitos, no sentido jurídico em oposição a um sentido moral, somente se os erros que suportarem forem corrigidos de forma justa e previsível pelo governo. Este ponto simples conduz a um longo caminho para revelar a inadequação da distinção entre direitos

Todavia, é indiscutível que essa faceta onerosa é especialmente saliente nos direitos sociais⁵⁴⁷. Desse modo, a questão da escassez revela-se ainda mais importante na efetividade dos direitos fundamentais prestacionais, mormente o direito à proteção da saúde. Afirmar que um bem é escasso significa que não há o bastante para atender a todos. Gustavo Amaral classifica a escassez em escassez natural, quase natural ou artificial⁵⁴⁸.

A escassez natural severa surge quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta. A escassez natural suave ocorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a todos. A escassez quase-natural ocorre quando a oferta pode ser aumentada, talvez a ponto de satisfação, somente por condutas não coativas dos cidadãos. Já a escassez artificial aparece nos casos em que o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos, a ponto da satisfação⁵⁴⁹.

Ainda menciona Gustavo Amaral, além da escassez, duas variáveis que trazem importantes questões no tocante à alocação de recursos: a divisibilidade e a homogeneidade do bem a ser alocado. Isto é, o bem pode ser não ser escasso, mas heterogêneo em aspecto relevante na avaliação de quem irá recebê-lo; exemplifica o autor, no campo médico, a sobrecarga de hospitais maiores e a subutilização de postos de saúde; o bem pode ser escasso, indivisível e homogêneo, como os bens de consumo duráveis; o bem pode ser escasso, indivisível e heterogêneo, como rins, corações para transplantes; o bem pode ser escasso, divisível e homogêneo, como água, energia, como a maioria dos bens de consumo; e por último, o bem pode ser escasso, divisível indefinidamente, mas heterogêneo, como a terra. Para o autor, a escassez, divisibilidade e homogeneidade dos meios materiais desafiam a visão igualitária do tratamento igual para todos⁵⁵⁰.

negativos/direitos positivos. O que ele mostra é que todos os direitos legalmente impostos são direitos necessariamente positivos. Direitos são caros porque os remédios são caros”.

⁵⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 181.

⁵⁴⁸ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos. *In* Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benett (Orgs). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 96.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 96-97.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 97.

Registra Gustavo Amaral que a escassez no âmbito dos cuidados de saúde tornou-se mais aguda nos últimos anos, com o aumento da demanda. A parcela de riqueza nacional gasta pela maioria dos países desenvolvidos cresceu nas últimas duas décadas. Aponta o autor os seguintes fatores para o aumento dos custos com saúde em todo o mundo, e em especial nos Estados Unidos, quais sejam, o contínuo progresso da tecnologia médica; e o envelhecimento da população. Para ele, essa escassez, no campo da saúde, não é um acidente ou um defeito, mas uma característica implacável. Entende ainda o autor que diante do caráter expansionista do chamado direito à vida, a escassez faz parte da definição, da delimitação em concreto do próprio direito, pelo que a chamada “reserva do possível” é um elemento integrante⁵⁵¹.

Jorge Reis Novais adota a teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, sustentando que a reserva do possível deve ser compreendida como uma limitação “imaneente ou intrínseca” a condicionar a validade dos direitos fundamentais a prestações, na medida em que invade o próprio plano jurídico e normativo deste direito⁵⁵². Por conseguinte, entende o autor que são direitos, pretensão e deveres “tanto quanto possível”, eis que sua realização está condicionada à medida do financeiramente possível, de modo que eventual apenas poderia ser verificada “tendo em conta as implicações e condicionantes financeira que a reserva do possível sobre ele projeta⁵⁵³”.

Ao se entender a reserva do possível como um limite imaneente do direito fundamental prestacional indaga-se acerca da jusfundamentalidade dos direitos prestacionais. Todavia, Jorge Reis Novais responde a tal indagação aduzindo que:

Os direitos de liberdade não envolveriam, menos que os direitos sociais, um problema orçamental; a reserva financeira seria comum aos dois tipos de direitos, donde que não seria uma específica objeção dogmática à jusfundamentalidade dos direitos sociais, mas uma dificuldade própria de todos os direitos.⁵⁵⁴

⁵⁵¹ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos. *In* Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benett (Orgs). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008. p. 100-101.

⁵⁵² NOVAIS, J.R. op. cit., p. 100.

⁵⁵³ Ibid., p. 101.

⁵⁵⁴ Ibid., p. 101.

Discorda Sarlet da assertiva de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial.

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental⁵⁵⁵.

Assim, a noção de escassez resta essencialmente vinculada à dimensão fática da reserva do possível. Alexy define a reserva do possível como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. Para esse autor, isso não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas expressa a necessidade de ponderar esses direitos. Significa que direitos sociais, assim como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser vistos como se tivessem conteúdo absoluto e aplicável a todos os casos, de modo definitivo, mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto⁵⁵⁶.

3.7.1. Escassez de recursos, princípio do resgate e princípio do seguro prudente ideal (Dworkin)

Dworkin aborda a injustiça da distribuição dos serviços médicos nos Estados Unidos, a despeito de gastarem muito com a saúde. Noticia o autor que 40 milhões de americanos têm assistência médica flagrantemente inadequada, ou nenhuma⁵⁵⁷. Evidencia-se, assim, que a necessidade de racionalização de recursos não é “privilégio” dos países em desenvolvimento.

⁵⁵⁵ SARLET, I.W., op.cit., 2011. p. 288.

⁵⁵⁶ ALEXY, R., op. cit., 2011. p. 515

⁵⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana A teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 431.

Dworkin sempre sustentou a imprescindibilidade de uma reforma da assistência médica dos Estados Unidos. Sobre a falta de vontade política de se efetivar tal reforma o autor foi incisivo “Se isso for verdade, nossa desgraça nacional continuará: é vergonhoso uma nação tão próspera não poder garantir ao menos um atendimento mínimo razoável a todos sobre os quais exerce domínio⁵⁵⁸”.

A Suprema Corte dos Estados Unidos garantiu, no ano de 2012, a integridade da Lei de Proteção ao Paciente e da Saúde Acessível, apelidada de “Obamacare”. Em uma decisão dividida (5 votos a 4) coube ao presidente da corte e líder da ala conservadora, John Roberts Jr., surpreender a todos ao se juntar aos defensores da lei e assim garantir sua vigência⁵⁵⁹.

A despeito de ser uma realidade distinta da nossa, visto que nos Estados Unidos não há um sistema público de cobertura universal de saúde e a preocupação central dos estudiosos do sistema americano residir justamente no aumento de sua cobertura, temos em comum a busca pela eficiência e racionalização do sistema:

Por que os Estados Unidos gastam tanto – tão mais que outras nações – com medicina? Em grande parte porque as decisões de quanto pagar em assistência médica são feitas pelo paciente e pelo médico, porém são pagas por um terceiro, a companhia de seguros, portanto quem toma as decisões não tem muito incentivo direto para economizar. (...) Talvez as pessoas gastariam menos consigo mesmas ou com a família se tivessem de pagar do próprio bolso os custos reais, à custa de outros bens e oportunidades que talvez quisessem ter ou quisessem que a família tivesse⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana A teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 449

⁵⁵⁹ “A questão principal para os nove juizes da Suprema Corte analisar foi um artifício jurídico incluído na lei, chamado de “obrigação individual” (*individual mandate*), que, a partir de 2014, exige dos cidadãos (observadas exceções) que adquiram um plano de saúde privado caso não sejam enquadrados como beneficiários de um dos programas do sistema público de saúde, que deve ser ligeiramente ampliado nos próximos anos. Ou seja, torna compulsória ao cidadão a obrigação de dispor de cobertura médica mínima, seja pública ou privada.

Quem não adquirir um plano ou não estiver coberto por algum programa do governo deverá pagar multas progressivas. Usado excepcionalmente, o expediente da obrigação individual impõe à população, sempre ressalvadas as exceções, a compra compulsória de certos produtos ou serviços. No passado, americanos na faixa etária de 18 a 45 anos se viram obrigados, por exemplo, a comprar armas e munições com base em interpretações de cláusulas da Constituição que regulavam a organização de milícias compostas por colonos nos primeiros anos da jovem nação, no fim do século 18”, Cf. BALIADO, Rafael; MELO, João Osório. *Obamacare é constitucional, diz Suprema Corte*. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/suprema-corte-eua-mantem-lei-reforma-sistema-saude]. Acesso em 04 de julho de 2014.

⁵⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana A teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 436.

Dworkin manifesta sua visão pragmática acerca da distribuição dos recursos públicos necessários para garantir o mínimo essencial de atendimento à saúde, mormente para as camadas sociais econômicas menos favorecidas, diante de um consenso social sobre os critérios que legitimem a utilização de recursos financeiros que possibilitem tais tratamentos. Assim, indaga o autor “Mas quanta assistência médica uma sociedade razoável deve tornar acessível a todos? Não podemos oferecer a todos a assistência médica que os mais ricos dentre nós podem comprar para si. Como decidir qual é o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham?”⁵⁶¹.

Com o escopo de responder a tais questionamentos Dworkin discorre acerca de dois princípios para um ideal de justiça na assistência médica: Princípio do resgate (denominação criada pelo próprio autor), que para ele é tão antigo, tão intuitivamente atraente, e recebe tão vasto apoio na retórica política, que é fácil achar que proporciona o modelo correto para se responder a perguntas sobre racionamento. Segundo esse princípio a assistência médica deve ser distribuída com equidade, não devendo ser negada a ninguém, e sustenta que se gaste tudo que puder para a melhora da saúde ou expectativa de vida⁵⁶².

Cabe registrar a reflexão de Álvaro Ciarlini ao fazer um paralelo entre as críticas formuladas por Dworkin acerca do princípio do resgate e as decisões brasileiras sobre o tema:

Suas ponderações críticas acerca do princípio do resgate, amplamente adotado nas decisões brasileiras sobre esse tema, levam em conta que o senso comum dos juristas, hoje reinante, trilha o caminho da igualdade de bem-estar, apostando no restabelecimento de saúde das pessoas, independentemente do custo das necessárias terapias para tanto. Para Dworkin tal sistema é irracional, pois à vista de seu alto custo, acabará por inviabilizar investimentos em outras áreas socialmente importantes⁵⁶³.

⁵⁶¹ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana A teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 431-432.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 434-435.

⁵⁶³ CIARLINI, Álvaro Luis de A. S. *Direito à Saúde. Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 178.

O princípio do Seguro prudente “ideal”, por sua vez, admite certas limitações na cobertura universal, ou seja, equilibra o valor saúde com outros bens e riscos. Ao discorrer sobre esse princípio, Dworkin imagina uma sociedade sem desigualdades, ou seja, a “a distribuição de riquezas e rendas seja tão justa quanto lhe é possível ser⁵⁶⁴”. Além disso, nessa sociedade imaginária, a distribuição se faz justa de acordo com a opinião de cada um, seja ela qual for, mas o autor já adianta que seja um critério mediano, isto é, longe dos extremos entre os ricos e os pobres. Outra característica dessa sociedade é o conhecimento, por todos, das informações que só os médicos possuem sobre tratamentos avançadíssimos na medicina. E, por último, aquelas informações utilizadas pelos seguros-saúde para determinar os seus preços, como, por exemplo, probabilidade de contrair doença, são inexistentes. Continuando sua reflexão, Dworkin deixa a saúde totalmente para o mercado. O governo não oferece qualquer tipo de assistência médica e essas despesas não são dedutíveis⁵⁶⁵.

Com isso, Dworkin tenta demonstrar que as próprias pessoas teriam que escolher os seus planos de saúde, avaliando quais serviços querem receber e quanto podem pagar. Dessa forma, conclui que a maioria das pessoas prudentes optaria por um seguro de saúde mais básico. Para o autor, o que transforma o sistema de saúde americano em injusto, é o fato de as pessoas escolherem diversas formas de seguro saúde, com variados serviços, muitas vezes de alto custo, enquanto outras não conseguem ter acesso ao básico. Por isso, para Dworkin, “o sistema universal de saúde deve garantir, com toda a justiça, que todos a tenham⁵⁶⁶”.

Acerca das decisões sobre o racionamento do sistema sustenta Dworkin a importância da participação popular:

O teste do seguro prudente também deixa claro por que é tão importante consultar a opinião pública antes de se tomarem as decisões de racionamento. Já que o racionamento deve expressar

⁵⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana A teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 438.

⁵⁶⁵ Ibid, p. 438.

⁵⁶⁶ Ibid.,p. 443.

não só os cálculos técnicos de custo-benefício, mas também a noção de prioridades das pessoas, a consulta é essencial⁵⁶⁷.

3.8. Decisões judiciais envolvendo o direito à proteção da saúde, em especial as referentes à concessão de medicamentos. Como vêm decidindo os juízes?

Daniel Wang faz uma síntese de como os juízes brasileiros têm, em regra, julgado as demandas que postulam prestação de saúde: (1) consideram o direito à saúde apenas como um direito individual; (2) não observam as consequências econômicas e distributivas de suas decisões; (3) raramente consideram a escassez de recursos e os custos dos direitos; (4) ignoram recomendações científicas que contraindicam o tratamento pedido; (5) não levam em consideração as políticas públicas existentes; (6) ignoram a existência de custos de oportunidade, pois se enxerga apenas quem tem um direito concretizado com a escolha alocativa feita por uma decisão judicial, desconsiderando aquilo que se deixou de ganhar em termos de efetivação de direitos por um uso alternativo desses mesmos recursos; (7) não promovem um diálogo com a administração pública responsável pela implementação de políticas públicas, para saber as razões pelas quais uma determinada política não foi implementada, e nem para conhecer a possibilidade de se cumprir a decisão judicial frente aos outros direitos que o poder público precisa efetivar⁵⁶⁸.

Da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) – também não se chega a uma conclusão tão diversa do que foi encontrado na pesquisa acima citada.

⁵⁶⁷ DWORKIN, R., op. cit., 2011. p. 447.

⁵⁶⁸ WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e Participação democrática nas políticas públicas de saúde*. Disponível em: [www.teses.usp.br/.../publico/Daniel_Wei_Liang_Wang_Dissertacao.pdf]. Acesso em: 04 de julho de 2013.

No Superior Tribunal de Justiça, a grande maioria dos acórdãos pesquisados decide, por unanimidade, no sentido de obrigar o Estado a fornecer um determinado medicamento ou tratamento pedido por via judicial⁵⁶⁹.

Não se pode deixar de mencionar, aqui, a repercussão geral da controvérsia reconhecida pelo STF, nos casos de fornecimento de medicamentos de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras (RE/566471)⁵⁷⁰ e fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA (RE/ 657.718), ambos de relatoria do Min. Marco Aurélio.

Em relação ao RE nº 566.471/RN, cuida-se demanda ajuizada por pessoa idosa portadora de enfermidade cardíaca que visa obter acesso a medicamento de alto custo, cujo princípio ativo é o citrato de sildenafil (Sildenafil ou Viagra). Tal pleito foi deferido pelo juiz de primeira instância, e depois confirmado por acórdão proferido pelo TJ/RN.

O Ministro Marco Aurélio reconheceu a repercussão geral da matéria:

⁵⁶⁹ Nesse sentido transcreve-se a ementa do AgRg no REsp nº 1107511/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, data de julgamento: 21.11.2013, data de publicação: 06.12.2013 "ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPOINABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. 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 sociais, igualmente importantes.

2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o 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.

3. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF.

5. Agravo Regimental não provido". No mesmo sentido AgRg no Ag n. 1424474/BA; EDcl no AREsp n.240955/SC; AgRg no REsp 1284271/SC; REsp 771537/RJ.

⁵⁷⁰ RE nº 566.471/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário Virtual. Data de julgamento: 15.11.2007. Data de publicação: 07.12.2007.

Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, ante a necessidade de muitos a considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quanto dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar o sofrimento decorrente de certa doença. (...) Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional. Admito a repercussão geral(...) ⁵⁷¹.

A decisão da repercussão geral propõe que o STF manifeste entendimento sobre a matéria, de forma a abarcar inúmeros casos, que em tese, repetiram a mesma controvérsia. Isto é, pretende-se obter do Tribunal entendimento genérico sobre se a assistência farmacêutica de alto custo constitui obrigação do Estado e corresponde a equivalente direito subjetivo individual. Diversas associações e quase todos os Estados da Federação solicitaram o seu ingresso no feito e foram integrados à lide na qualidade de interessados. Até o presente momento, o mérito da questão não foi apreciado ⁵⁷².

No que concerne ao RE nº 657.718/MG, a recorrente alega ofensa aos artigos 1º, inciso III, 6º, 23, inciso II, 196; 198, inciso II e parágrafo 2º; 204, todos da Constituição Federal. A recorrente assevera que o argumento de falta de previsão do remédio na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) não encontra guarida, tendo em vista a responsabilidade do ente federativo. Registra, ainda, que a vedação de importação e de uso de medicamento é diversa da ausência de registro na ANVISA. Ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais entendeu que, a despeito de o direito à saúde estar previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, não se pode obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro na

⁵⁷¹ RE nº 566.471/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário Virtual. Data de julgamento: 15.11.2007. Data de publicação: 07.12.2007.

⁵⁷² Cabe destacar a preocupação da Ministra Ellen Gracie sobre a matéria: “O Ministro Marco Aurélio lembrou, que no RE 566.471, o Tribunal já reconheceu a repercussão geral. E faço, desde logo, uma ponderação aos colegas. Se efetivamente será possível extrair um julgamento em repercussão geral que sirva a toda essa miríade de casos tão diversos entre si, em que as circunstâncias fáticas são muitas vezes únicas. Talvez, se nós cuidarmos de uma categoria geral, por exemplo, os portadores de diabetes que pleiteiam reagentes e as fitas para fazerem exames – essa seria uma categoria homogênea passível de solução idêntica. Porém, as moléstias que são trazidas ao Judiciário, e os medicamentos requisitados são os mais variados possível”, Cf. STA nº 175/CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17.03.2010. Data da publicação: 30.04.2010.

ANVISA, sob pena de vir a praticar descaminho. O referido tribunal ressaltou a inexistência de direito absoluto e, diante da prevalência do interesse coletivo, bem como dos princípios do artigo 37 da Constituição Federal, “a competência do administrador público para gerir de maneira proba e razoável os recursos disponíveis⁵⁷³”.

Buscou-se analisar, outrossim, o conjunto de decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em 17.03.2010, o que reflete os resultados da Audiência Pública sobre o direito à proteção da saúde, realizada em abril de 2009, convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes.

Desse modo, a partir da audiência pública da saúde realizada em 2009, definiu o STF, em decisão paradigmática do Ministro Gilmar Mendes (STA-AgR 175 - apenso STA-AgR 178; SS-AgR 3724; SS-AgR 2944; SL-AgR 47; STA-AgR 278; SS-AgR 2361; SS-AgR 3345; SS-AgR 3355) as diretrizes hermenêuticas para a atuação dos juízes e tribunais brasileiros. 1) Deve-se verificar se há política estatal que abranja a prestação à saúde pleiteada; caso haja, a determinação judicial de seu cumprimento não caracteriza criação de política pública pelo Poder Judiciário, razão por que o direito subjetivo é evidente; 2) Se não houve política pública, em razão de vedação legal, como exemplo, a ausência de registro na ANVISA, a princípio, não poderia ser deferido o tratamento pelo Poder Judiciário; 3) Identificar se há motivação para o não fornecimento da medicação pelo Poder Público, como no caso, de não haver evidências científicas para autorizar a inclusão do tratamento. Nesse caso, consoante o Ministro Gilmar Mendes pode ocorrer que o SUS forneça tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente, o que ensejará necessidade de prova; 4) Se não houver tratamento do SUS, é preciso distinguir os experimentais de novos tratamentos ainda não testados pelo SUS. Os experimentais ficam afastados da concessão pelo Poder Judiciário, sendo que, quanto aos tratamentos novos, deve-se ter parcimônia nas decisões. Ponderou o Ministro que a despeito dos protocolos privilegiarem a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, a aprovação de novas indicações pode ser lenta e comprometer o acesso ao tratamento já utilizado na rede privada; 5) imprescindibilidade de

⁵⁷³ RE nº 657.718/MG, Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário Virtual. Data de julgamento: 18.11.2011. Data de publicação: 12.03.2012.

instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar um obstáculo à concessão de cautelar; 6) necessidade de se dar preferência ao tratamento disponibilizado pelo SUS, sempre não for comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente; 7) É fundamental a análise detida e a consideração aprofundada das especificidades do caso concreto.

Cabe ressaltar que o STF admitiu, que a obrigação do Estado (União, Estados, DF e Municípios), a princípio, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde, eis que o Sistema Único de Saúde filiou-se a corrente da medicina baseada em evidências, adotando, assim, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT). Adita o relator, ainda, que um medicamento ou tratamento em desacordo com o Protocolo deve ser analisado com cautela, visto que tende a contrariar um consenso científico vigente, veja-se:

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível.⁵⁷⁴

Por essa razão, o Ministro Gilmar Mendes destacou a importância de se privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS (STA 175), veja-se:

Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais

⁵⁷⁴ STA nº 175/CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17.03.2010.

necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, 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. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.⁵⁷⁵

Destaca-se ainda a recente decisão monocrática da Relatora Ministra Carmen Lúcia no RE 816696/SP, data do julgamento: 06.06.2014; data da publicação: 12.06.2014. Trata-se de uma ação civil pública, na qual o Ministério Público do Estado de São Paulo postula que Estado de São Paulo e o Município de Santa Rosa de Viterbo forneçam ao substituído, menor portador de intolerância à lactose, fórmula alimentar (leite de soja). No caso em tela, o leite solicitado não está disponível porque não faz parte de nenhum programa da rede pública municipal ou estadual. Por essa razão, o desembargador relator do acórdão recorrido, no voto condutor asseverou, que “causas como a presente, versando sobre a distribuição gratuita de medicamentos possuem implicações muito mais amplas e complexas do que se poderia inicialmente imaginar”. Assim, entende o desembargador que a proliferação indiscriminada de ordens judiciais determinando a aquisição de medicamentos fora da listas oficiais compromete o planejamento realizado pelo Poder Executivo. Desse acórdão recorreu o Ministério Público do Estado de São Paulo alegando que o Tribunal teria contrariado os arts. 2º, 5º, 6º e 196 da CF. Todavia, entendeu a Ministra Carmen Lúcia que o acórdão recorrido harmoniza-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Este Supremo Tribunal assentou que o Poder Judiciário poderá determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde para determinar que o Poder Executivo cumpra as políticas estabelecidas nos termos constitucionais.

Sem desconsiderar a importância do acesso aos alimentos essenciais para a nutrição de crianças portadoras de intolerância à lactose, tem-se, no presente caso, como assentado no acórdão recorrido, não haver nas entidades federadas, política pública assecuratória do fornecimento de leite sem lactose, pelo que não

⁵⁷⁵ STA nº 175/CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 17.03.2010.

poderia este Supremo Tribunal Federal, nesta via recursal, determinar seja atendido o pleito do menor.

A decisão retromencionada está em consonância com os parâmetros estabelecidos na já citada STA 175. Todavia, isso não é a regra. Em sua maioria, as decisões monocráticas proferidas no ano de 2014 analisadas não levam em consideração se o medicamento postulado faz parte ou não de políticas públicas⁵⁷⁶.

Dos julgados analisados dos Tribunais de Justiça do Estado, no país, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais é a corte que mais tem utilizado os fundamentos acima transcritos para negar a concessão de fármacos, inclusive mencionando as Suspensões de Tutela Antecipada nº 175 e 178 formuladas, respectivamente pela União e pelo Município de Fortaleza⁵⁷⁷. Transcreve-se a ementa da Apelação Cível nº 10024.11.171479-6/001, Rel. Des. Corrêa Junior, data de julgamento: 08.10.2013, data de julgamento: 18.10.2013:

RECURSO DE APELAÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO – CONSTITUCIONAL – SAÚDE – AÇÃO COMINATÓRIA – MEDICAMENTO – LAUDO MÉDICO PARTICULAR – EXISTÊNCIA DE OPÇÃO TERAPÊUTICA FORNECIDA PELO SUS – NECESSIDADE DE PROVA DA IMPRESTABILIDADE DOS FÁRMACOS LISTADOS PELO ESTADO DE MINAS GERAIS – CASSAÇÃO DA SENTENÇA.

1. “Em geral, deveria ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não foi comprovada a ineficácia ou a improcedência da políticas de saúde existente” (STA 175 AgR).
2. Em existindo divergência entre o laudo particular apresentado pela parte autora e a nota técnica apresentada pelo Estado de Minas Gerais, faz-se essencial seja determinada a produção de

⁵⁷⁶ ARE 799.023/MG; ARE 799.187/RS; ARE 703552/CE; RE 765.198/PE; AI 810864/RS; ARE 798.672/RJ; AI 822.882/MG; ARE 796.853/RS; ARE 788.464/SP.

⁵⁷⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acórdão. Apelação Cível n. 10024.11.079838-6/001. Publicado no Diário de Justiça em 03 dez. 2013. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acórdão. Apelação Cível n.1.0024.11.171479-6/001. Disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=STA+175&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&dataPublicacaoInicial=01%2F07%2F2013&dataPublicacaoFinal=04%2F07%2F2014&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar. Acesso em: junho 2014.

provas em juízo, a fim de que seja apreciada a possibilidade de substituição do medicamento postulado pelos fármacos disponibilizados no âmbito do Sistema Único de Saúde para o tratamento da doença elencada em exordial.

3. Sentença cassada, em reexame necessário.

Cabe destacar que nos dias 14 a 16 de maio do corrente ano realizou-se a I Jornada do Direito à Saúde⁵⁷⁸ promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, para debater os problemas inerentes à Judicialização da Saúde e apresentar enunciados interpretativos sobre o direito à proteção da saúde, na qual foram discutidas e votadas as propostas de enunciados elaboradas por magistrados, promotores, gestores públicos, representantes de associação de pacientes, advogados. Os trabalhos foram realizados em 3 grupos: Grupo I – Saúde Pública, Grupo II – Saúde Suplementar e Grupo III – Biodireito. Foram aprovados no total 45 enunciados, e 19 enunciados referentes à Saúde Pública. Os dezenove enunciados aprovados relacionados à Saúde Pública também estão em consonância com os parâmetros fixados na já multicitada STA 175, no que tange à necessidade de certa deferência aos delineamentos das políticas públicas.

Acerca da necessidade de produção de provas já destacada anteriormente em demandas que postulam prestação de saúde (medicamentos), em especial quando há alternativa terapêutica disponibilizada pelo SUS, importante mencionar os seguintes enunciados (12, 13 e 14):

A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Nas ações de saúde, que pleiteiam o poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar a solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas.

⁵⁷⁸ Acerca da I Jornada do Fórum da Saúde. Disponível em [<http://www.cnj.jus.br/evento/eventos-novos/i-jornada-do-forum-nacional-da-saude>]. Acesso em 04 de julho de 2014.

Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

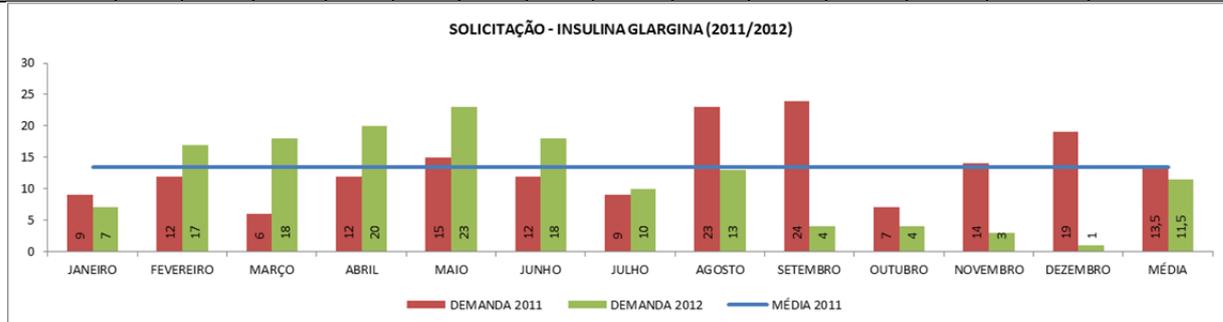
Em relação ao Tribunal de Justiça de Pernambuco, dos acórdãos analisados, pode-se afirmar que prevalece o entendimento de que mesmo o medicamento não constando no rol dos medicamentos disponibilizados gratuitamente pelo SUS, a existência de alternativas terapêuticas não impede que seja fornecido ao cidadão o tratamento indicado por médico qualificado⁵⁷⁹.

Os principais medicamentos postulados em demandas judiciais no Estado de Pernambuco, no ano de 2011 e 2012, segundo os dados concedidos pela

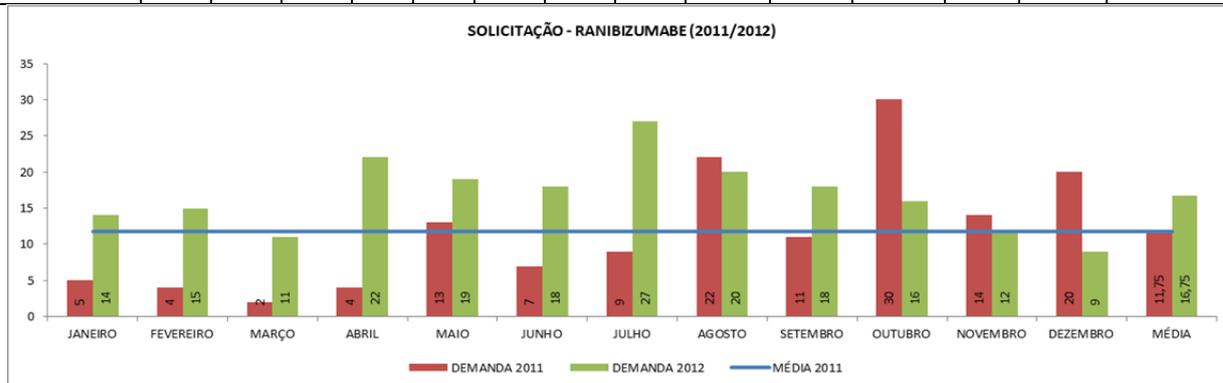
⁵⁷⁹ Nesse sentido, o Agravo nº 321621-5, Relator Desembargador Antenor Cardoso Soares Júnior. 3ª Câmara de Direito Público. Data de Julgamento 15.05.14. Data da publicação: 23.05.14. Transcreve-se a ementa: “DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO DE AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL. SAÚDE. MICOFENOLATO DE SÓDIO. ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO. DEVER DO ESTADO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. Trata-se de Recurso de Agravo interposto contra decisão terminativa de lavra desta relatoria, exarada nos autos da Apelação nº0321621-5, que negou seguimento ao recurso (fls.180/181). O recorrente, nas razões recursais, busca a reforma da decisão monocrática proferida, alegando que a mesma não apreciou a questão da não comprovação de que o medicamento seria a única alternativa terapêutica para a doença do substituído processual, e que o fornecimento do medicamento não ficou condicionado à apresentação periódica de receituário médico atualizado. Não assiste razão ao recorrente, haja vista os fundamentos esposados serem insuficientes para modificar a decisão monocrática prolatada. Em primeiro lugar, é assente, conforme texto constitucional (art.196 e 197 da CF/88) que 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. No mérito, destaque-se que não há violação à separação dos poderes quando o Judiciário intervém em questões de mérito administrativo com a intenção de garantir a observância ao princípio da legalidade. Mesmo não constando o medicamento MICOFENOLATO DE SÓDIO no rol dos medicamentos disponibilizados gratuitamente pelo SUS, a existência de alternativas terapêuticas, não impedem que seja fornecido ao cidadão necessitado o tratamento adequado, indicado por médico qualificado e especializado, de que precisa para sua melhora, sendo, pois, dever do Ente Público e direito de todos a garantia à saúde e à vida, como exposto na Constituição Federal -Desta forma, em um juízo de proporcionalidade, os princípios da isonomia, da administração pública, a reserva do possível, não impedem que se forneça ao cidadão o tratamento adequado para a sua enfermidade, visando a tutela de um bem maior, que é a saúde. Por outro lado, o art. 37, inciso XXI, da CF/88 trata da necessidade de licitação para a realização de obras, serviços, e, inclusive, para a compra de medicamentos pela Administração Pública. No entanto, qualquer exigência, no caso, sucumbe diante do caráter fundamental da tutela de urgência, a dispensar, inclusive, o próprio procedimento licitatório. O fato de se estar colocando em risco um bem maior que é a vida, que a qualquer momento poderá sucumbir em razão da suspensão ou interrupção do fornecimento do remédio indispensável ao controle da doença, é motivo mais do que suficiente para justificar a dispensa de prévia autorização orçamentária e até de procedimento licitatório. O recorrente requereu ainda que fosse condicionada a entrega dos medicamentos à apresentação periódica pelo substituído processual de receitas médicas atualizadas, subscritas por profissional integrante do quadro do SUS. De acordo com os autos, e constatada a necessidade do fornecimento contínuo e ininterrupto dos medicamentos, entendo que não é cabível a reforma pela apresentação periódica de receitas médica. Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator”. Na mesma esteira, Agravo Regimental nº 331971-3; Agravo nº 322325-2; Agravo Regimental nº 325511-0; Agravo 326502-5; Agravo nº 313279-6; Agravo 311063-0.

Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco foram a insulina glargina, o ranibizumabe e o trastuzumabe, conforme as tabelas abaixo⁵⁸⁰:

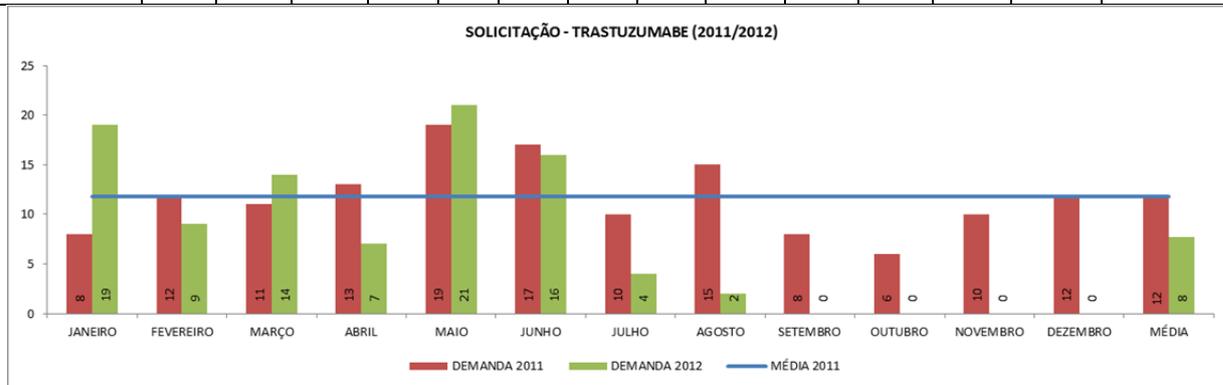
INSULINA GLARGINA	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	MÉDIA	ACUMULADO
MÉDIA 2011	13,5	13,5	13,5	13,5	13,5	13,5	13,5	13,5	13,5	13,5	13,5	13,5	13,5	162
DEMANDA 2011	9	12	6	12	15	12	9	23	24	7	14	19	13,5	162
DEMANDA 2012	7	17	18	20	23	18	10	13	4	4	3	1	11,5	138



RANIBIZUMABE	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	MÉDIA	ACUMULADO
MÉDIA 2011	11,75	11,75	11,75	11,8	11,8	11,75	11,75	11,75	11,75	11,75	11,75	11,75	11,75	141
DEMANDA 2011	5	4	2	4	13	7	9	22	11	30	14	20	11,75	141
DEMANDA 2012	14	15	11	22	19	18	27	20	18	16	12	9	16,75	201



TRASTUZUMABE	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ	MÉDIA	ACUMULADO
MÉDIA 2011	11,75	11,75	11,75	11,8	11,8	11,75	11,75	11,75	11,75	11,75	11,75	11,75	12	141
DEMANDA 2011	8	12	11	13	19	17	10	15	8	6	10	12	12	141
DEMANDA 2012	19	9	14	7	21	16	4	2	0	0	0	0	8	92



⁵⁸⁰ Dados cedidos pela Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco.

O medicamento Trastuzumabe (Herceptin) para o tratamento de neoplasia maligna de mama já foi incorporado ao SUS. A Secretaria Estadual de Saúde de Pernambuco, consoante previsto na Norma Técnica 001/2012 da Secretaria Executiva de atenção à Saúde está disponibilizando gratuitamente o fármaco. Também em relação à insulina glargina, a Secretaria Estadual de Saúde, consoante previsto na Norma Técnica 003/2012 da Secretaria Executiva de atenção à Saúde, passou a disponibilizar gratuitamente o medicamento aos portadores de diabetes insulino-dependente ou insulino-dependente com complicações. O medicamento ranibizumabe está sendo fornecido pelo Estado de Pernambuco conforme nota técnica SAF/SES nº 31/13 para os seguintes CID 10: H 35.3, degeneração da mácula e do pólo posterior; H 35.8, edema macular e H 34.8, oclusão da veia da retina⁵⁸¹.

3.9. Aspectos a serem considerados pela atuação judicial em demandas que postulam a concessão de medicamentos pelo Poder Público

Nas questões de Judicialização da Saúde, pode-se afirmar que a palavra chave é diálogo: “só dialoga quem não monopoliza a palavra; acordo não significa necessariamente adesão ao outro, mas àquilo que surge no diálogo⁵⁸²”.

A realização dos direitos sociais pelo Estado ocorre através de políticas públicas, que são elaboradas e implementadas pelos poderes Executivo e Legislativo. Para isso, esses poderes, em especial o Poder Executivo, possuem em seus quadros pessoas com a formação especializada necessária para assessorá-los na tomada das complexas decisões demandadas nesta área, que envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos variados. Não se pode dizer que ocorre o

⁵⁸¹ No caso do ranibizumabe, foi proposta uma Ação Civil Pública com pedido de liminar nº 0803252-74.2013.4.05.8300 pela Defensoria Pública da União em face da União e do Estado de Pernambuco para disponibilizar o medicamento em tela para todos os portadores das patologias referidas. A liminar foi deferida pelo juiz da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco. Ocorre que existe uma alternativa terapêutica, o Bevacizumabe, que se trata de um tratamento off label, mas de eficácia já comprovada cientificamente.

⁵⁸² COELHO, Inocêncio Mártires. *Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica. Fragmentos*. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 129.

mesmo com o Poder Judiciário. Em regra, os julgadores não possuem tais conhecimentos especializados necessários nem contam com uma estrutura de apoio satisfatório para avaliação das políticas públicas, o que, sem dúvida, dificulta o debate sobre a tutela judicial dos referidos direitos. Como visto, o fato de os direitos sociais serem garantidos pelo Estado através de políticas públicas não os torna imunes ao controle judicial. O exercício desse controle não pode ser realizado sem que se atente para a capacidade institucional de quem o opera⁵⁸³.

Os mecanismos de diálogo auxiliam a superação dos problemas dos julgadores com o conhecimento técnico para encontrar e implementar soluções. Isso porque essas devem ser formuladas com alguma ingerência dos vários setores envolvidos – autoridades públicas, líderes e membros da população beneficiada, especialistas de universidades, organizações da sociedade civil. Efeitos diretos e indiretos desse diálogo incluem o desbloqueio de processos políticos, a coordenação entre diferentes órgãos estatais e a criação de políticas públicas delineadas segundo uma linguagem de direitos⁵⁸⁴.

Para Marina Ferreira existem três variáveis que permitem identificar a existência de um diálogo institucional: clara afirmação da justiciabilidade do direito em questão, cujo conteúdo inclui algumas tarefas dirigidas ao Poder Público (direitos fortes), certo grau de deferência às diretrizes políticas traçadas pelos órgãos eleitos pelo povo (comandos brandos) e monitoramento de suas decisões por meio de mecanismos participatórios⁵⁸⁵.

O Modelo Brasileiro de litigância seria caracterizado, em síntese, pela prevalência das demandas individuais acerca de tratamentos curativos – Hoffman e Bentes apontaram 98% de demandas individuais – e de alto grau de acolhimento de seus pleitos⁵⁸⁶. Essa realidade cria um cenário caótico para o administrador comprometendo a possibilidade do Estado de implementar com eficiência as políticas públicas de atendimento aos direitos sociais da população, sem mencionar

⁵⁸³ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 208-209.

⁵⁸⁴ FERREIRA, Marina Costa. *Direito à proteção da saúde pela via judicial: Em busca de efetividade e equidade*. Disponível em [\[http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/380/517\]](http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/380/517). Acesso em 04 de julho de 2014.

⁵⁸⁵ Ibid.

⁵⁸⁶ Ibid.

as dificuldades já abordadas de uma discussão mais aprofundada sobre as consequências dessa decisão em ações individuais. Sob essa ótica, o tratamento judicial coletivo é preferível, por reduzir a entropia e fornecer critérios claros e gerais para a eventual correção das políticas públicas visando à sua adequação à Constituição⁵⁸⁷.

Todavia, entende Gustavo Amaral que mesmo nas demandas individuais que postulam prestação de saúde pode-se dar um passo para uma maior racionalização ao afirmar que se o Judiciário, ao invés de substituir a decisão do agente público pela sua, exigir deste que num curto prazo justifique suas escolhas e procedimentos e, ao final desse prazo, apreciar as razões trazidas, ainda que para não acatá-las⁵⁸⁸.

Em razão do crescimento exponencial de ações judiciais referentes ao direito de proteção à saúde (especialmente ações pleiteando fornecimento de medicamentos), foi realizada em 2009 a audiência pública da saúde, convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes. Essa audiência pública nº 04 destacou-se pela amplitude da discussão, já que não ocorreu no âmbito de um processo concentrado de constitucionalidade como as anteriores, mas para discutir o sistema público de saúde no Brasil, consistindo, assim, em uma verdadeira busca pelo diálogo institucional. Após a realização dessa audiência, restou constatada a necessidade de redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde, consoante asseverou o aludido ministro, em seu voto, na decisão paradigmática (STA 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30.04.2010).

Foram estabelecidos parâmetros para as decisões, apontando uma forma de orientar os magistrados a observar o aspecto coletivo do problema, estimulando um abrandamento dos comandos para conferir certa deferência às diretrizes políticas traçadas pelo Poder Público, como a análise do registro do medicamento; do quadro clínico do paciente, das rotinas e alternativas veiculadas pelos instrumentos de gestão; dentre outros critérios fornecidos pelos gestores públicos. Portanto, uma

⁵⁸⁷ SARMENTO, D. op. cit., 2010. p. 213.

⁵⁸⁸ AMARAL, Gustavo. *Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de Cada Um: Reflexões para a Transição da Práxis Judiciária*. In: O CNJ e os desafios da efetivação do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 112.

orientação que vai ao encontro da proposta do diálogo institucional⁵⁸⁹.

A audiência pública consiste em um instituto típico da democracia deliberativa, eis que permite o chamado teste do debate público e a redução dos voluntarismos irracionais das decisões, eis que a necessidade de realização de uma audiência pública é o reconhecimento de que não se pode exigir de um julgador uma decisão consciente e segura acerca de questões que pressupõem, por exemplo, conhecimentos técnicos alheios à sua área. Como é sabido, esse instituto não tem como escopo discutir teses jurídicas, mas trazer conhecimentos de outras áreas do saber, bem como aproximar o julgador da realidade.

Especialmente em demandas que postulam a efetivação de prestação de saúde, deve o julgador estar atento aos trabalhos de caráter técnico-científico, mormente aqueles elaborados por especialistas em determinada área da medicina e que constituem um consenso entre os estudiosos. Destaca Sarmiento como medida importante para atenuar tal problema o recurso a peritos e a instituições independentes e imparciais com reconhecida capacidade técnica na área em discussão⁵⁹⁰. Tal aspecto foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal.

Como se sabe, no voto da STA 175 AgR/CE o Ministro Gilmar Mendes estabeleceu as diretrizes hermenêuticas para a atuação dos juízes e tribunais brasileiros. Um desses parâmetros é a imprescindibilidade de instrução processual, com ampla produção de provas. Nesse ponto, tem atuação importante a advocacia pública, a ela cabe trazer as informações relevantes, pareceres técnicos sobre os medicamentos/tratamentos postulados, protocolos clínicos, enfim trazer aos autos informações que auxiliem o juiz na tomada de decisões fundamentadas.

Pode-se dizer que a Audiência Pública de Saúde motivou a criação pelo Conselho Nacional de Justiça do “Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de Assistência à Saúde” através da Resolução nº 107 do Conselho Nacional de Justiça, de 06 de abril de 2010. O CNJ também aprovou a Recomendação nº 31, em 30 de março de 2010, para que os Tribunais adotem

⁵⁸⁹ FERREIRA, Marina Costa. *Direito à proteção da saúde pela via judicial: Em busca de efetividade e equidade*. Disponível em <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/380/517>. Acesso em 04 de julho de 2014.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 210.

medidas a subsidiar os magistrados a fim de assegurar-lhes mais eficiência na solução dos conflitos judiciais concernentes à assistência à saúde.

Seguindo essa recomendação do CNJ, vários Tribunais têm adotado providências com o fito de fornecer subsídios técnicos que auxiliem os magistrados na solução de demandas judiciais relacionadas ao fornecimento de medicamentos. Assim, foi implantado, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Núcleo de Assessoria Técnica (NAT) que tem como objetivo subsidiar, tecnicamente, os magistrados em suas decisões sobre as ações de fornecimento de medicamentos. Consoante as informações contidas no sítio do CNJ⁵⁹¹, o NAT do Rio de Janeiro é formado por uma equipe de 26 profissionais, entre farmacêuticos, enfermeiros, nutricionistas, médicos, e já foram emitidos mais de 2.800 pareceres. O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco também já iniciou o processo para a implementação no NATS – Núcleo de Assistência Técnica da Saúde.⁵⁹²

Essa busca por auxílio das assessorias técnicas também consiste em abertura ao diálogo, eis que haverá uma proximidade entre todos os envolvidos com o Sistema de Saúde, propiciando análises críticas dos instrumentos de gestão, resultando, portanto, em decisões judiciais mais balizadas. O Judiciário assume, portanto, que as estratégias de racionamento não estão imunes a controle, mas também não podem ser desconsideradas: são importantes e necessárias, consubstanciando mais uma postura de certo grau de deferência às diretrizes fixadas pelos demais poderes⁵⁹³. Estas diretrizes estabelecidas em especial no que se refere à alocação de recursos, merecem deferência, em razão de dois argumentos: um de autoridade e outro epistêmico. O argumento de autoridade estaria relacionado ao fato de os gestores serem eleitos para tal mister, e a

⁵⁹¹ ASSESSORIA DE IMPRENSA DO TJRJ. *Núcleo do TJRJ completa um ano com dois mil laudos sobre medicamentos.* Disponível em [\[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10242&Itemid=675\]](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10242&Itemid=675). Acesso em: junho de 2014.

⁵⁹² MIRANDA, Rosa. *Presidente do TJPE recebe Secretário de Saúde para planejar a criação do NATS.* Disponível em [\[http://tj-pe.jusbrasil.com.br/noticias/2712734/presidente-do-tjpe-recebe-secretario-de-saude-para-planejar-a-criacao-do-nats\]](http://tj-pe.jusbrasil.com.br/noticias/2712734/presidente-do-tjpe-recebe-secretario-de-saude-para-planejar-a-criacao-do-nats). Acesso em: junho de 2014.

⁵⁹³ FERREIRA, Marina Costa. *Direito à proteção da saúde pela via judicial: Em busca de efetividade e equidade.* Disponível em [\[http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/380/517\]](http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/380/517). Acesso em 04 de julho de 2014.

superioridade concerne ao acesso privilegiado a recursos técnicos e informações para a tomada de decisões estratégicas que privilegiam a equidade do sistema⁵⁹⁴.

Interessante anotar que os efeitos indiretos da própria judicialização impulsionaram a inserção de mecanismos de diálogo institucional. Verificou-se a quebra da inércia institucional, ou seja, diversos órgãos estatais têm procurado buscar soluções para os problemas levantados. Para subsidiar juízes no julgamento de processos relacionados à saúde, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia do SUS (CONITEC) e a Agência Nacional da Saúde Suplementar (ANS) disponibilizaram contatos e ferramentas de consulta a pareceres técnicos⁵⁹⁵. Cabe destacar ainda o compromisso do Ministro da Saúde de atualização e revisão dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Observa-se, outrossim, a coordenação entre diversos setores do cenário político-jurídico, como as Defensorias Públicas, as Procuradorias Estaduais, as Secretarias de Saúde, Ministério Público e Poder Judiciário.

Pode-se afirmar também que a Lei nº 12.401/2011 foi uma resposta à Judicialização da Saúde. A lei originou-se do Senado e decorre da aprovação de substitutivo (Emenda nº 1 da CCJ) ao projeto de Lei do Senado – PLS nº 338 do Senador Flávio Arns, o qual tramitou em conjunto com PLS nº 219/07, de autoria de Tião Viana. A análise das justificativas dos projetos de lei e os pareceres oferecidos durante o processo legislativo deixam claro as preocupações com as consequências da judicialização da saúde no Brasil. Cuida-se, portanto, de legislação defensiva às decisões judiciais sobre a matéria, eis que traz uma limitação do conceito de assistência terapêutica integral àqueles tratamentos previstos nos protocolos do SUS ou que constem das relações de medicamentos de quaisquer entes federativos.

Destaca-se também o procedimento trazido pela mencionada legislação para incorporação, exclusão ou alteração de medicamento deverá ocorrer mediante

⁵⁹⁴ FERREIRA, Marina Costa. *Direito à proteção da saúde pela via judicial: Em busca de efetividade e equidade*. Disponível em [http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/380/517]. Acesso em 04 de julho de 2014.

⁵⁹⁵ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Ferramentas auxiliam juízes a julgar processos de saúde*. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2014-mai-12/ministerio-saude-ans-oferecem-auxilios-julgamento-processos]. Acesso em 04 de julho de 2014.

instauração de processo administrativo a requerimento de “interessado”, o qual terá duração máxima de cento e oitenta dias, prorrogável por noventa dias. (art. 19-R). Assim, qualquer cidadão, desde que cumpra as regras estabelecidas é legitimado para provocar a instauração desse processo administrativo. Ao longo do processo administrativo deve ser feita “consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS” (art. 19-R, III), bem como deve ser realizada audiência pública, “se a relevância da matéria justificar o evento” (art. 19-R, IV).

Essas características do procedimento de permanente atualização dos esquemas terapêuticos delineadas pela Lei nº 12.401/2011, sem dúvida, provocam a participação efetiva dos interessados no esforço de deliberação pública acerca da temática.

Também constituiu importante medida para abertura do diálogo, a já mencionada I Jornada do Direito à Saúde⁵⁹⁶ promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, na qual foram discutidas e votadas as propostas de enunciados elaboradas por magistrados, promotores, gestores públicos, representantes de associação de pacientes, advogados. Os trabalhos foram realizados em 3 grupos: Grupo I – Saúde Pública, Grupo II – Saúde Suplementar e Grupo III – Biodireito. Foram aprovados no total 45 enunciados, e 19 enunciados referentes à Saúde Pública. Os dezenove enunciados aprovados relacionados à Saúde Pública também estão em consonância com os parâmetros fixados na já multicitada STA 175, no que tange à necessidade de certa deferência aos delineamentos das políticas públicas, eis que essas são fruto de um processo democrático de decisões que envolvem escolhas alocativas.

Faz-se necessário também trazer o “diálogo” para dentro do “processo”. Aqui, assumem papel relevante as ações coletivas. Cabe transcrever as palavras de Ciarlini:

No processo de elaboração da decisão, no transcorrer do respectivo procedimento, o juiz deverá possibilitar a realização de audiências para colher o posicionamento de parcela significativa dos agentes responsáveis pela execução desses programas, registrando nos autos, além da opinião dos técnicos responsáveis por essas ações e

⁵⁹⁶ Acerca da I Jornada do Fórum da Saúde. Disponível em [<http://www.cnj.jus.br/evento/eventos-novos/i-jornada-do-forum-nacional-da-saude>]. Acesso em 04 de julho de 2014.

serviços públicos de saúde, a manifestação de representantes das respectivas conferências e conselhos que compõem o Sistema Único, podendo igualmente possibilitar a oitiva de outros integrantes da sociedade civil⁵⁹⁷.

Diante disso, observa-se um quadro misto no que se refere ao impacto das decisões judiciais em saúde inseridas no paradigma de Estado Social no Brasil: se por um lado elas forçam um aumento da responsabilidade governamental e abrem caminho para benéficas mudanças sistêmicas, por outro, se desprezados determinados parâmetros, podem exacerbar as inequidades existentes. Nesse contexto, a inserção de mecanismos de diálogo institucional tem a aptidão de reorientar os efeitos da atuação judicial para a concretização equânime do direito à proteção da saúde.

⁵⁹⁷ CIARLINI, Álvaro Luís de A. S. *Direito à Saúde. Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.237-238.

CONCLUSÃO

A estrutura do direito à proteção da saúde possui uma dupla dimensão de direitos subjetivos individuais e elementos objetivos fundamentais. Portanto, abarca decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva, com eficácia sobre todo o ordenamento, e que fornecem diretrizes para os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. E, num plano subjetivo, o titular pode fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou direito à ação ou ações negativas ou positivas que lhe são próprias.

Restou demonstrado também que o direito fundamental à proteção da saúde envolve um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa e direito a prestações. Esta última possui maior relevância para a presente pesquisa.

Na condição de direito a prestações (direito positivo), e especificamente como direito a prestações em sentido amplo, o direito à proteção da saúde impõe deveres de proteção da saúde pessoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e procedimental. Já como direito a prestações em sentido estrito, o direito à proteção da saúde fundamenta as mais variadas pretensões ao fornecimento de prestações materiais.

O direito à proteção à saúde é um direito fundamental social. Enquadra-se, portanto, na categoria normativa de princípio, isto é, em uma norma que tem como conteúdo um mandado de otimização de um dado valor num ordenamento jurídico, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.

Consiste o direito à proteção da saúde em um direito *prima facie* a ser concretizado através de políticas públicas. Desse modo, enquanto princípio, o direito à proteção da saúde poderá ser concretizado em diversos graus, variando de acordo com as viabilidades fáticas, em especial a existência de recursos, e das possibilidades jurídicas, ou seja, da solução do conflito com outros direitos. Enquanto regra, possui um comando definitivo a ser cumprido pelo Estado.

O direito fundamental social definitivo é aquele que é essencial à promoção da liberdade fática; que pode ser garantido sem afetar seriamente os princípios colidentes, como o princípio da separação de poderes, o princípio democrático e princípios relacionados a direitos de terceiros. Por conseguinte, diante de uma demanda embasada em um direito fundamental social, deve o julgador fazer uma operação de sopesamento, para extrair do direito *prima facie* o direito definitivo. O indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática possui um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto, como é o caso dos direitos mínimos.

No tocante ao direitos *prima facie*, estes correspondem deveres *prima facie*, que possuem em face dos deveres estatais definitivos, um conteúdo claramente excedente. Isto é, não pode ser objeto de controle saber se foi satisfeito tudo aquilo que o dever *prima facie* exige, mas tão somente se foi satisfeito aquilo que lhe resta, como dever definitivo, em face de deveres *prima facie* colidentes.

Desse modo, em relação ao controle judicial do direito fundamental social do direito à proteção da saúde, sustenta-se que não existe um direito absoluto a toda e qualquer prestação de saúde com vistas à proteção, promoção e recuperação da saúde sem que exista uma política pública que lhe dê efetividade. Com efeito, restou demonstrado que a realização de uma prestação fática pode ocorrer de diversas maneiras, além de envolver gastos. E, como não há recursos ilimitados, será necessário priorizar e escolher em o que o dinheiro público disponível será investido.

A concretização do direito à proteção da saúde implica distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos. A definição dos gastos públicos é um momento típico da deliberação político-majoritária, apesar dessa deliberação não estar livre de condicionamentos jurídicos-constitucionais.

Cabe destacar que os problemas de eficácia do direito fundamental à saúde devem-se muito mais a questões de implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes do que à falta de legislação específica. Ou seja, o problema não é de inexistência, mas de execução das políticas públicas pelos entes federados. Daí a importância do papel do Judiciário no controle dessas políticas.

No tocante à assistência farmacêutica, sob a égide da Constituição de 1988, destacam-se duas políticas públicas: A Política Nacional de Medicamentos (PNM), aprovada pela Portaria do Ministério da Saúde nº 3.936, de 30 de outubro de 1988) e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF), aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde, através da Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004, que traz a definição de assistência farmacêutica como um “Conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação de saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional (art. 1º, III)”.

Como visto, a seleção de medicamentos é a atividade que inicia o ciclo da Assistência Farmacêutica propriamente dito, e tem como escopo decidir, com base nas evidências científicas, os medicamentos que devem ser oferecidos pelo sistema levando-se em consideração o perfil de morbidade e mortalidade da população. São utilizados principalmente os critérios da qualidade intrínseca dos medicamentos para a seleção: o benefício que ele apresenta nos ensaios clínicos controlados (eficácia) e no uso rotineiro da prática clínica (efetividade), bem como os malefícios que pode causar, representados pelo seu perfil de efeitos adversos(segurança). Alguns outros critérios, como as apresentações farmacêuticas que atendam às necessidades; a facilidade de uso (comodidade posológica), o custo e a disponibilidade do medicamento no mercado.

A incorporação ao arsenal do SUS pressupõe que ele seja selecionado por instâncias federal, estadual ou municipal de saúde, mediante critérios de eficácia e segurança, além de outros utilizados internacionalmente.

Cabe ao gestor federal a formulação da Política Nacional de Medicamentos, que além de prestar auxílio aos gestores estaduais e municipais, deverá elaborar a Relação Nacional de Medicamento (RENAME) que servirá de base para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal. Ao município, por sua vez, cabe definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base no RENAME, e executar a assistência farmacêutica.

Destacou-se também a mencionada lei nº12.401/2011 que estabeleceu o que seria o princípio da integralidade, restringindo o seu alcance ao previsto em listas, protocolos e diretrizes terapêuticas no âmbito do SUS.

O procedimento trazido pela mencionada legislação para incorporação, exclusão ou alteração de medicamento deverá ocorrer mediante instauração de processo administrativo a requerimento de “interessado”. Assim, qualquer cidadão, desde que cumpra as regras estabelecidas é legitimado para provocar a instauração desse processo administrativo. Ao longo do processo administrativo deve ser feita “consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS”, bem como deve ser realizada audiência pública, “se a relevância da matéria justificar o evento”.

Essas características do procedimento de permanente atualização dos esquemas terapêuticos delineadas pela Lei nº 12.401/2011, sem dúvida, provocam a participação efetiva dos interessados no esforço de deliberação pública acerca da temática. E, a Constituição Federal, como visto, adotou como atributo de legitimação das decisões que orientam a gestão do SUS, o acesso à participação social, em razão da importância de se buscar os anseios de seus destinatários sobre a definição das prestações de saúde a serem disponibilizadas, tendo em vista a limitação dos recursos disponíveis.

Acerca do controle jurisdicional sobre atos administrativos foram apontados os seguintes *standards* básicos a serem levados em consideração pelo julgador: (i) grau de restrição a direitos fundamentais (quanto maior, mais intenso o controle); (ii) grau de objetividade extraível do relato normativo (quanto maior, mais intenso o controle); (iii) grau de tecnicidade da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (v) grau de participação efetiva e consenso obtido em torno da decisão administrativa (quanto maior, menos intenso o controle).

No caso específico de políticas públicas de assistência farmacêutica, diante da tecnicidade da matéria e da efetiva participação da comunidade científica e da possibilidade de participação dos interessados, esse controle judicial não deve ser tão intenso, procurando sempre ouvir o gestor público sobre a possível omissão administrativa. Desse modo, não cabe a prerrogativa de formulação, nem de

implementação das políticas públicas, mas, sim, o poder-dever de determinar a execução das medidas fixadas em lei, em consonância com os ditames constitucionais.

Entende-se que o controle do Poder Judiciário sobre a atividade política dos Poderes Legislativo e Executivo de concreção dos direitos sociais está em consonância com o princípio da separação dos poderes, eis que atende ao pressuposto que orientou a própria formulação da doutrina separatista, qual seja, o de que todo poder deve ser limitado.

Os conflitos próprios do constitucionalismo contemporâneo, e, como visto, os conflitos protagonizados pelo direito à proteção da saúde ocorrem frequentemente entre direitos fundamentais, não sendo possível hierarquiza-los em abstrato, dada a sua fundamentalidade, daí a necessidade da técnica da ponderação

A ideia de Estado democrático de direito, insculpida no art. 1º da Constituição Brasileira clama por uma maior participação social, racionalidade nas atuações administrativas e nas decisões judiciais, controle dos poderes instituídos. Assim, faz-se mister a elaboração de critérios de controle judicial adequados, no caso de concessão de fármacos, sob pena de restar prejudicada a própria efetivação do direito social de proteção à saúde.

Restou evidente a necessidade de observância na atuação judicial da dimensão global do sistema da saúde, bem como das limitações orçamentárias e financeiras ao julgar as demandas de saúde. Os parâmetros delineados na decisão paradigmática proferida na STA 175/CE já podem servir como guia inicial para o julgador ao se deparar com demandas que postulam a concessão de fármacos.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. Constituição (1996). *The Constitution of the Republic of South Africa, 1996*. As adopted on 8 May 1996 and amended on 11 October 1996 by the Constitutional Assembly. Disponível em: [http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf].

Acesso em: junho de 2014.

AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário. A proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXANDRINO, José de. Controlo Jurisdicional das políticas públicas: Regra ou exceção? *Revista da Faculdade de Direito de Porto*, ano VII, nº especial (2010).

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Sandra Mara Campos *et alii*. *Direito Sanitário em perspectiva*. Brasília: ESMPU, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ASENSI, Felipe Dutra. Saúde, Poder Judiciário e sociedade: Uma análise de Brasil e Portugal. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol.23, n.3, july/sep. 2013.

ASSESSORIA DE IMPRENSA DO TJRJ. *Núcleo do TJRJ completa um ano com dois mil laudos sobre medicamentos* [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10242&Itemid=675]. Acesso em: junho de 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BALIADO, Rafael; MELO, João Osório. *Obamacare é constitucional, diz Suprema Corte*. Disponível em [<http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/suprema-corte-eua-mantem-lei-reforma-sistema-saude>]. Acesso em 04 de julho de 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007.

BELLO FILHO, Ney Barros. *Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado*. 2006.480 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em [<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>]. Acesso em 30 jun. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: abril de 2014.

BRASIL. Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm]. Acesso em: abril de 2014.

BRASIL. Lei nº 9695, de 20 de agosto de 1998. Acrescenta incisos ao art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, e altera os arts. 2º, 5º e 10 da Lei no 6.437, de 20 de agosto de 1977, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9695.htm]. Acesso em abril de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisões da Presidência. Suspensão de Tutela Antecipada. STA 91/AL – ALAGOAS. Relator: Ellen Gracie. DJ 05 març.2007.PP-00023RDDP n.50, 2007, p.165-167. Disponível em: [[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA\\$.SCLA.%20E%2091.NUME.%29&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA$.SCLA.%20E%2091.NUME.%29&base=basePresidencia)]. Acesso em: junho 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÕES DA PRESIDÊNCIA. Suspensão de Tutela Antecipada. STA 138/RN – Rio Grande do Norte. Relator: Ellen Gracie. DJ 19 set. 2007 PP-00024. Disponível em: [[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA\\$.SCLA.%20138.NUME%29&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA$.SCLA.%20138.NUME%29&base=baseMonocraticas)]. Acesso em: maio de 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÕES DA PRESIDÊNCIA. Suspensão de Tutela Antecipada. SS 3073/RN. Relator: Ellen Gracie. DJ 14 fev. 2007 PP-00021. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%283073%20ENUME%2E+OU+3073%2EDMS%2E%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/la4smo5>]. Acesso em: junho de 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a.34, n.133, jan./mar.1997.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A distinção estrutural entre princípios e regras e sua importância para a dogmática jurídica – resposta às objeções de Humberto Ávila ao modelo de Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol.12, p. 153-168, out/dez.2002.

_____. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. *Direito, Estado e Sociedade: Revista do Departamento do Direito da PUC-Rio*. Rio de Janeiro, n.37, p.152-180,jul/dez.2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina,1998.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAÚLA, César. *Dignidade da pessoa humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição. O caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*. Salvador: Juspodivm, 2010.

CIARLINI, Álvaro Luis de A. S. *Direito à Saúde. Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica*. Fragmentos. São Paulo, Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, mar.1997.

_____. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. N. 40 (2001). Disponível em: [<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/83/showToc>]. Acesso em março de 2014.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Em busca da Legitimidade dos discursos jurisdicionais relativos ao direito à saúde: uma análise a partir da reviravolta Hermenêutico-Linguístico-pragmática*. 2011. 519F. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde. Um contributo para a dogmática do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A Virtude Soberana A teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ, Otávio; WANG, Daniel. *As duas portas do SUS*. Disponível em [<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/171851-as-duas-portas-do-sus-shtml>]. Acesso em 19 de junho de 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Marina Costa. *Direito à proteção da saúde pela via judicial: Em busca de efetividade e equidade*. Disponível em: [<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/380/517>]. Acesso em 04 de julho de 2014.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa: O controle de prioridades constitucionais*. Disponível em [<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5131>] . Acesso em 30 jun.2014.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – O guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan: 2001.

GARCIA, Emerson (coord). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *JURE – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Disponível em: [<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/>]. Acesso em 04 de julho de 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia Entre facticidade e validade*. Vol I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HOLMES, Stephen, SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W.W. Norton &Company: New York, 1999.

_____. *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 2000.

IRLANDA. Constituição (1937). *CONSTITUTION OF IRELAND*: Enacted by the People 1st July, 1937, In operation as from 29th December, 1937. Disponível em: [<http://web.archive.org/web/20110721123409/http://www.constitution.ie/reports/ConstitutionofIreland.pdf>]. Acesso em: maio 2014.

JORNAL VALOR ECONÔMICO. *União prevê gasto de R\$ 3,9 bi com ações de medicamentos*. Disponível em: [<http://www.valor.com.br/legislacao/3517192/uniao-preve-gasto-de-r-39-bi-com-acoes-de-medicamentos>]. Acesso em: abril de 2014.

LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário nº 06 do Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, org. Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais. Teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acórdão. Apelação Cível n. 10024.11.079838-6/001. Publicado no Diário de Justiça em 03 dez. 2013. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acórdão. Apelação Cível n.1.0024.11.171479-6/001. Disponível em: [http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudência/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=STA+175&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&dataPublicacaoInicial=01%2F07%2F2013&dataPublicacaoFinal=04%2F07%2F2014&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar]. Acesso em: maio de 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Gabinete do Ministro. Portaria 2.690, de 5 de novembro de 2009. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde. Brasília, DF, 2009 [citado 2012 out 17]. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2690_05_11_2009.html]. Acesso em: junho de 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portal da Saúde SUS: complexo industrial em números. Brasília, DF, 2012 [citado 2012 fev 10]. Disponível em [http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/visualizar_texto.cfm?idtxt=32495]. Acesso em: junho de 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV.3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Rosa. *Presidente do TJPE recebe Secretário de Saúde para planejar a criação do NATS*. [http://tj-pe.jusbrasil.com.br/noticias/2712734/presidente-do-tjpe-

recebe-secretario-de-saude-para-planejar-a-criacao-do-nats]. Acesso em: junho de 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Tradução Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. *Judiciário intensifica privilégios no acesso à saúde*. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2013-out-19/observatorio-constitucional-judiciario-intensifica-privilegios-acesso-saude]. Acesso em: abril de 2014.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum ed., 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010.

LUÑO, António-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 5.ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 1993.

PICON, Paulo Dornelles. BELTRAME, Alberto Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Disponível em: [http://drt2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/05_protocolos.pdf]. Acesso em 04 de Jul. 2014.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2009.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *MPF quer participação de conselhos de saúde no SUS*. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2013-fev-11/acao-civil-publica-mp-participacao-conselhos-saude-sus>]. Acesso em: março de 2014.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Ferramentas auxiliam juízes a julgar processos de saúde*. Disponível em [<http://www.conjur.com.br/2014-mai-12/ministerio-saude-ans-oferecem-auxilios-julgamento-processos>]. Acesso em 04 de julho de 2014.

RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Porto Alegre*, Porto Alegre, a. 14, n. 48, p. 1-472, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benett (Orgs). *Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor* n.67, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México: Editora Nacional, 1966.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais* 1(2003): 607-630.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SUSTEIN, Cass. *Health-Health tradeoff*. Disponível em [http://www.law.uchicago.edu/files/files/42.CRS_.Health.pdf]. Acesso em: 04 de julho de 2014.

TAMER, Sergio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e Participação democrática nas políticas públicas de saúde*. Disponível em: [www.teses.usp.br/.../publico/Daniel_Wei_Liang_Wang_Dissertacao.pdf]. Acesso em: 04 de julho de 2013.