

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

ADRIANO RODRIGO REIS

O DIREITO À SAÚDE E O PAPEL DA JURISDIÇÃO:
PARÂMETROS E CRITÉRIOS ESTABELECIDOS
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS
DEMANDAS POR MEDICAMENTOS DE ALTO
CUSTO

POUSO ALEGRE – MG
2019

ADRIANO RODRIGO REIS

O DIREITO À SAÚDE E O PAPEL DA JURISDIÇÃO:
PARÂMETROS E CRITÉRIOS ESTABELECIDOS
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS
DEMANDAS POR MEDICAMENTOS DE ALTO
CUSTO

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira.

FICHA CATALOGRÁFICA

R457o REIS , Adriano Rodrigo

O direito à saúde e o papel da jurisdição: parâmetros e critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal nas demandas por medicamentos de alto custo. / Adriano Rodrigo Reis . Pouso Alegre: FDSM, 2019.

172p.

Orientador: Leandro Corrêa de Oliveira.

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Curso de Graduação em Direito.

1. Direito à saúde. 2. Judicialização da saúde. 3. Escolhas trágicas. 4. custos dos direitos. 5. medicamentos de alto custo. I Oliveira, Leandro Corrêa de. II Faculdade de Direito do Sul de Minas. Curso de Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

ADRIANO RODRIGO REIS

O DIREITO À SAÚDE E O PAPEL DA JURISDIÇÃO: PARÂMETROS E
CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS
DEMANDAS POR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação 22/04/2019

Banca Examinadora



Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas



Prof. Dr. Isadora Prévêde Bernardo
USP



Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre – MG
2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares pelo apoio e aos meus professores do curso de mestrado e demais profissionais da Faculdade de Direito do Sul de Minas, os quais, de alguma forma, tornaram possível a realização deste trabalho. Agradeço, sobretudo, ao meu Professor Orientador, o Prof. Dr. Leandro Corrêa de Oliveira, o qual me acompanhou durante todo o trajeto percorrido na busca das respostas às questões suscitadas neste trabalho, contribuindo, sobremaneira, na escolha da perspectiva adotada e na delimitação do tema pesquisado. Ao Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, pela excelência na direção e coordenação do curso de Mestrado.

“o mundo que nos depara na experiência comum é aquele em que nos defrontamos com opções entre fins igualmente últimos, exigências igualmente absolutas, sendo que a realização de parte desses fins e dessas exigências deverá necessariamente acarretar o sacrifício de outras.”

Isaiah Berlin. *Quatro ensaios sobre a liberdade* (1981)

RESUMO

REIS, Adriano Rodrigo. O direito à saúde e o papel da jurisdição: parâmetros e critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal nas demandas por medicamentos de alto custo. 2019. 175p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-graduação em Direito, Pouso Alegre, 2019.

A presente pesquisa busca investigar a relação entre o papel da jurisdição e o direito social fundamental à saúde, restringindo-se ao exame de questões envolvendo o controle jurisdicional de políticas públicas de saúde no âmbito de demandas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, sobre o fornecimento estatal de medicamentos de alto custo. Através da análise da argumentação apresentada pelas partes e das decisões do Tribunal, durante seu histórico jurisprudencial – e de paradigmas, como a ADPF nº 45/DF, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela nº 175/CE e o Recurso Extraordinário nº 566.471/RN –, o problema da pesquisa concentra-se em saber quais foram os parâmetros e critérios estabelecidos pelo Tribunal em tais demandas e, também, verificar como vem sendo tratado as questões de cunho financeiro-orçamentário envolvendo o problema dos custos dos direitos e a escassez de recursos públicos. Com a adoção do método hipotético-dedutivo, a pesquisa desenvolve-se por meio de revisão bibliográfica em livros, artigos científicos e leis. Utiliza-se de referenciais teóricos, como Cass Sunstein e Stephen Holmes, dentre outros, para desenvolvimento da teoria dos “custos dos direitos”, e Philip Bobbit e Guido Calabrese para apresentar a teoria das escolhas trágicas. A guisa de conclusão, pode-se afirmar que, quanto os critérios e parâmetros identificados, é possível distinguir três fases dentro do histórico jurisprudencial analisado. A primeira, de construção e fixação dos fundamentos jurídicos utilizados nos julgamentos de demandas por tratamento de doenças como a AIDS, o câncer e algumas doenças raras, bem como um aumento da atuação do Judiciário nas políticas públicas de saúde. A segunda fase, com a delimitação de tal atuação frente ao crescente fenômeno da judicialização da saúde, e de uma tentativa de abertura da discussão com a sociedade, através da audiência pública realizada pelo Tribunal em 2009. A terceira fase, com o estabelecimento de parâmetros objetivos e de um parâmetro procedimental, no sentido de um diálogo institucional entre o Judiciário e os demais entes com expertise técnica na área de saúde. Verifica-se que, por razões ético-jurídicas, o problema dos custos dos direitos e a preocupação do Tribunal com questões de ordem financeiro-orçamentária são relegadas a um *status* secundário, trazendo transtornos aos gestores de saúde e à administração das políticas públicas já implementadas, as quais ainda são a via mais adequada para atendimento da população de forma universal e igualitária.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Escolhas trágicas. Custos dos direitos. Medicamentos de alto custo.

ABSTRACT

REIS, Adriano Rodrigo. *The right to health and the role of jurisdiction: parameters and criteria established by the Federal Supreme Court in the demands for high-cost drugs*. 2019. 175p. Dissertation (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas Gerais. Graduate Program in Law, Pouso Alegre, 2019.

The present research seeks to investigate the relationship between the role of the jurisdiction and the fundamental social right to health, being restricted to the examination of questions involving the judicial control of public health policies within the scope of lawsuits judged by the Federal Supreme Court, of high-cost drugs. Through an analysis of the arguments presented by the parties and the decisions of the Court, during its historical jurisprudence - and of paradigms, such as ADPF nº 45 / DF, the Regime in the Suspension of Tutorship nº 175 / EC and Extraordinary Appeal nº 566.471 / RN - the research problem focuses on knowing the parameters and criteria established by the Court in these demands and also on how the financial-budgetary issues involving the problem of rights costs and the shortage of resources. With the adoption of the hypothetical-deductive method, the research is developed through a bibliographical review in books, scientific articles and laws. Theoretical references, such as Cass Sunstein and Stephen Holmes, among others, are used for the development of the "cost of rights" theory, and Philip Bobbit and Guido Calabrese to present the theory of tragic choices. As a conclusion, it can be affirmed that, as regards the criteria and parameters identified, it is possible to distinguish three phases within the historical case law analyzed. The first is to build and establish the legal bases used in the trials for the treatment of diseases such as AIDS, cancer and some rare diseases, as well as an increase in the work of the Judiciary in public health policies. The second phase, with the delimitation of such action in the face of the growing phenomenon of the judicialization of health, and an attempt to open the discussion with society, through the public hearing held by the Court in 2009. The third phase, with the establishment of parameters objectives and a procedural parameter, in the sense of an institutional dialogue between the Judiciary and other entities with technical expertise in the health area. For ethical and legal reasons, the problem of the costs of rights and the concern of the Court with issues of a financial and budgetary nature are relegated to a secondary status, causing problems for health managers and the administration of public policies already implemented, which are still the most adequate way to serve the population in a universal and egalitarian way.

Keywords: *Right to health. Judicialization of health. Tragic choices. Costs of rights. High cost drugs.*

LISTA DE SIGLAS

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR: Agravo Regimental

ANS: Agência Nacional de Saúde

ANVISA: Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CF/88: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

CONITEC: Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde

DCB: Denominação Comum Brasileira

DCI: Denominação Comum Internacional

INPS: Instituto Nacional de Previdência Social

LOS: Lei Orgânica da Saúde

MP: Ministério Público

NAT: Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário

PCDT: Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único de Saúde

PIB: Produto Interno Bruto

PIDESC: Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PNDU: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

PNM: Política Nacional de Medicamentos

RE: Recurso Extraordinário

REsp: Recurso Especial

RENAME: Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

ROMS: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

SUS: Sistema Único de Saúde

STA: Suspensão de Tutela Antecipada

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1. ASPECTOS NORMATIVOS DO DIREITO À SAÚDE	17
1.1 A saúde como um direito fundamental social.....	17
1.1.1 Fundamentalidade formal e material do direito à saúde.....	26
1.2 O direito à saúde na Constituição de 1988.....	39
1.2.1 Diretrizes constitucionais do Sistema Único de Saúde: atendimento integral, participação da comunidade e descentralização.....	49
1.3 Da “reserva do possível” (como limitação do direito à saúde a um mínimo existencial) à teoria dos custos dos direitos.....	53
1.3.1 O custo dos direitos como superação do modelo teórico da verificação da limitação dos recursos.....	67
CAPÍTULO 2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E AS ESCOLHAS TRÁGICAS	74
2.1 As escolhas na escassez.....	80
2.2 O papel da jurisdição.....	93
2.3 O controle jurisdicional das políticas públicas.....	100
2.3.1 A ADPF nº 45 e o controle jurisdicional de políticas públicas de saúde em sua matriz “coletiva” de atendimento.....	109
CAPÍTULO 3. A JUDICIALIZAÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO	114
3.1 Paradigmas jurisprudenciais e parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal.....	121
3.2 O Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE... ..	127
3.3 O Recurso Extraordinário nº 566.471/RN.....	136
3.3.1 Voto do Ministro Marco Aurélio.....	139
3.3.2 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.....	142
3.3.3 Voto do Ministro Edson Fachin.....	146
CONSIDERAÇÕES FINAIS	148
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152
ANEXOS	163

INTRODUÇÃO

Considerando o contexto de uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo e pelo desacordo substantivo acerca do que é a justiça¹, como a que vivemos, e a relação (por vezes tensa) entre a democracia e o constitucionalismo², o presente trabalho procura desenvolver o tema proposto conforme a proposta adotada pela linha de pesquisa do programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas, ao tratar das condições para a efetivação e concretização dos direitos sociais fundamentais, pressupondo o Estado Democrático de Direito e a dinâmica da Administração enquanto realizadores de políticas públicas.

O tema abordado refere-se ao papel da jurisdição em relação à tutela do direito social à saúde, com enfoque voltado aos problemas gerados pela intervenção judicial nas políticas públicas de saúde que envolvem, especificamente, demandas por medicamentos de alto custo. Optou-se por tal restrição em razão da amplitude de questões relacionadas ao fenômeno da judicialização da saúde e dos diversos tipos de prestações materiais postuladas em face do Poder Público³. Apesar do trabalho não abordar o problema da judicialização da saúde como um todo, tal delimitação tem a vantagem de se desenvolver uma análise mais pormenorizada da lógica

¹ Segundo Rawls, o fato do pluralismo razoável, que caracteriza uma sociedade com instituições livres, consiste em “profundas e irreconciliáveis diferenças nas concepções religiosas e filosóficas, razoáveis e abrangentes, que os cidadãos têm do mundo, e na ideia que eles têm dos valores morais e estéticos a serem alcançados na vida humana” RAWLS, John. **Justiça como equidade: Uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.4. Neste sentido, Fábio C. S. de Oliveira destaca que as coletividades atuais “se caracterizam pela convivência, amistosa ou não, de múltiplas concepções do que é uma vida boa, projetos, individuais ou grupais, diversos de felicidade, perspectivas diferentes da pessoa e da sociedade, as quais podem se colocar em concorrência”. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e Vida da Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 96.

² Enquanto a democracia pode ser vista como a vontade soberana do povo sobre questões politicamente relevantes; o constitucionalismo, em certa medida, trata dos limites a esta soberania, no sentido de contenção dos “excessos da democracia” contra os direitos das minorias e de proteção de seus próprios limites procedimentais (limitação do poder e supremacia da lei).

³ Os tipos de prestações estatais envolvendo o direito à saúde são diversos. Além do fornecimento de medicamentos, o Min. Gilmar Mendes, por exemplo, em seu voto proferido no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, cita diversas outras, como: “suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Presidente Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado em DJe-076 em 30.04.2010.

argumentativa utilizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na construção de suas decisões, as quais, em certa medida, orientam todas as demais decisões judiciais nas instâncias inferiores.

O Objetivo Geral trata da análise do histórico jurisprudencial do referido Tribunal no tocante às demandas individuais que buscaram obrigar o Estado (nos três níveis de governo: federal, estadual e municipal) a fornecer medicamentos de alto custo para pessoas sem condições financeiras de adquiri-los. Tal análise se concentra, principalmente, nos argumentos utilizados pelas partes envolvidas e pelos Ministros na fundamentação de suas decisões, especialmente naquelas que serviram de paradigma jurisprudencial e que, em certa medida, podem demonstrar o posicionamento da Corte e o amadurecimento (ou não) da discussão quanto aos problemas gerados pela judicialização da saúde.

Parte-se da hipótese de que a interpretação feita pelos Ministros, nestes casos específicos, pode relegar a um “status” secundário tanto o problema dos limites econômico-financeiros de ordem orçamentária relacionados aos custos dos direitos, quanto a necessidade de observância das escolhas alocativas feitas na esfera política do Parlamento e do Governo. E que tal situação também pode prejudicar, em alguma medida, a efetivação do direito social à saúde, por não ter a capacidade de universalizar a prestação material estatal concedida a alguns em face de todos aqueles que também carecem de assistência farmacêutica e de serviços públicos de saúde em geral, materializados através de políticas públicas implementadas pelo governo.

A questão principal desta pesquisa, portanto, é saber quais os critérios e parâmetros estabelecidos pelo Tribunal nas demandas judiciais por medicamentos de alto custo e como vem sendo tratado as questões envolvendo os “custos dos direitos” e o respeito às “escolhas trágicas” feitas no âmbito dos órgãos políticos representativos, ou seja, qual a importância (o valor) dada às questões de ordem financeiro-orçamentária e de política distributiva (questões com viés pragmático) em face de argumentos predominantemente utilizados pela Corte Suprema, de ordem ético-jurídica

como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, a vida e a liberdade.

As respostas a estas questões podem levar a uma melhor compreensão e esclarecimento do papel do Poder judiciário quanto à efetivação das normas constitucionais que garantem direitos sociais fundamentais, verificando se ele tem, de fato, racionalizado e disciplinado a questão (relacionada à sua interferência nas políticas públicas), de forma a contribuir (ou não) com a concretização do direito à saúde o qual, segundo previsão constitucional, deve ser garantido mediante políticas públicas de cunho social e econômico⁴.

O estudo do tema proposto justifica-se em razão de sua relevância para a discussão do fenômeno da judicialização da saúde, visto como a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde no Brasil, um país onde a desigualdade social tem refletido substancialmente na saúde de seus cidadãos.⁵ Seria a judicialização, afinal, o remédio para a saúde? A resposta a esta indagação talvez seja um tanto quanto ambígua, visto que tal judicialização pode trazer tanto benefícios quanto problemas.

Positivamente, esta interferência do Judiciário em questões tipicamente tratadas pelos órgãos de índole política (sobretudo aqueles que compõem o Poder Executivo) tem forçado, em certa medida, a correção da Administração Pública a cumprir tanto o mandamento constitucional de prestação material de assistência à saúde, quanto aquilo que já foi pré-estabelecido na lei ordinária⁶ no tocante ao fornecimento de tecnologias já incorporadas na Política Nacional

⁴ “Art. 196. A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante *políticas sociais e econômicas* que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (grifo nosso)

⁵ “As desigualdades em saúde refletem, predominantemente, as desigualdades sociais e, em função da relativa efetividade das ações de saúde, a igualdade no uso de serviços de saúde é condição importante, porém, não suficiente para diminuir as desigualdades no adoecer e morrer (...) a posição do indivíduo na estrutura social é importante preditor de necessidades em saúde, e o padrão de risco observado tende a ser desvantajoso para aqueles indivíduos pertencentes aos grupos sociais menos privilegiados”. TRAVASSOS, Cláudia et al. Desigualdades geográficas e sociais na utilização de serviços de saúde no Brasil. **Revista Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 133-149, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-8123200000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 Abr. 2018.

⁶ “Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): (...) d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;” BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.

de Medicamentos (PNM) ou em programa de dispensação de medicamentos em caráter excepcional; também, impulsionou a incorporação de novas tecnologias, e o aumento da regulação por parte de órgãos como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Agência Nacional de Saúde (ANS), entre outros;

Por outro lado, em seu aspecto negativo, a judicialização traz inconvenientes como a percepção de que todas as tecnologias existentes no mercado mundial são passíveis de serem custeadas pelo Estado brasileiro a todos os seus cidadãos; e também, a prolação de decisões contrárias ao sistema de saúde e à ciência médica, em razão da falta de capacidade técnica adequada por parte do Judiciário na análise das postulações por medicamentos – deve-se reconhecer que os magistrados nem sempre estão preparados tecnicamente para analisar os casos utilizando a medicina baseada em evidências científicas, em comparação com os órgãos especializados integrantes do Governo.

Outro aspecto negativo trata-se do aumento do impacto financeiro em razão do crescente número de condenações judiciais⁷ que provoca transtornos e dificuldades administrativas aos gestores de saúde pública, sobretudo nos municípios de pequeno porte onde há uma baixa arrecadação de recursos financeiros, bem como, a desorganização da administração das políticas de saúde (e, indiretamente, de outros campos como a educação, a segurança pública, a assistência social etc.) previamente programadas e em fase de implementação.

É possível, ainda, que a judicialização da saúde traga benefício prioritário somente àqueles que têm conseguido acessar o Poder Judiciário em detrimento daqueles que não o acionam ou que não tem condições de acessá-

⁷ De acordo com dados do Ministério da Saúde, de 2010 até Julho de 2016 houve um aumento de 727% nos gastos da União com ações judiciais para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais, com custos para a União na ordem de R\$ 3,9 bilhões no cumprimento das sentenças judiciais. Informação publicada no portal de notícias na página do site cnj.jus, em 23/08/2016, sob o título: CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>> Acesso em: 24/07/2018.

lo. Se transformando em um sistema de saúde de “duas portas”⁸: uma 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, inevitavelmente, tem acesso limitado, e mais limitado ainda pelo redirecionamento de recursos que beneficia aqueles que entraram pela outra porta.

Através de uma análise descritiva⁹, a pesquisa procura-se expor os fatos que envolvam o controle jurisdicional das políticas públicas relacionando-os com variáveis do tema – o papel da jurisdição e a efetivação do direito à saúde. Também adota o método hipotético-dedutivo, e desenvolve-se por meio de revisão bibliográfica pela leitura de obras pertencentes ao campo da teoria do direito, da dogmática constitucional e das políticas públicas. Utiliza-se de referenciais teóricos, como Cass Sunstein e Stephen Holmes, dentre outros, para desenvolvimento da teoria dos “custos dos direitos”¹⁰, e de Philip Bobbit e Guido Calabrese para apresentar a teoria das escolhas trágicas¹¹.

Dentre os objetivos específicos traçados, o primeiro trata dos aspectos normativos do direito à saúde, é estudado no primeiro capítulo desta pesquisa, por meio da análise de seus preceitos e aspectos normativos, no contexto do constitucionalismo social brasileiro. Busca-se, com isto, destacar os argumentos históricos e filosóficos que sustentam a ideia de saúde como um direito social fundamental, sua fundamentalidade formal e material, a qual pode ser reconhecida por três tipos de argumentações jusfilosóficas: (I) a saúde como precondição para o exercício da liberdade ligada à ideia de autonomia

⁸ FERRAZ, Octávio Luiz M.; WANG, Daniel Wei L. As duas portas do SUS. Folha de São Paulo, publicado em 19/06/2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/171851-as-duas-portas-do-sus.shtml>>. Acesso em: 19/11/2018.

⁹ GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.42.

¹⁰ A teoria dos custos dos direitos parti de um novo modelo de pensamento aprofundado na obra de Holmes e Sunstein, na qual se reconheceu que todos os direitos – mesmo aqueles clássicos ligados à ideia de liberdade – são positivos, logo, demandam prestações públicas estatais para sua concretização. SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

¹¹ Na obra “Tragic Choices”, os autores Guido Calabresi e Philip Bobbitt analisam como as sociedades fazem “escolhas difíceis”, ou seja, como alocam de forma trágica seus recursos escassos, no contexto de um conflito entre valores fundamentais: de um lado, valores nos quais a sociedade determina os beneficiários das distribuições dos recursos e os limites de escassez e, de outro, valores morais humanistas que prezam pela vida e pelo bem-estar. CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**. W.W. Norton & Company. New York. London. 1978.

privada; (II) a saúde como precondição da democracia ligada à ideia de autonomia pública; e (III) a saúde como corolário lógico da dignidade da pessoa humana.

Ainda no primeiro capítulo, visando uma alternativa crítica ao “senso comum teórico”¹² prevalecente na doutrina e jurisprudência sobre a efetividade dos direitos sociais, procura-se o desenvolvimento da teoria dos custos dos direitos – a qual afirma que todos os direitos são positivos e demandam prestações públicas estatais para sua concretização – como uma perspectiva de superação do modelo teórico de verificação da limitação dos recursos, sustentado na garantia do “mínimo existencial” como núcleo básico intangível dos direitos fundamentais, tanto dos direitos de defesa (negativos), quanto dos direitos a prestações materiais (positivos), bem como, ligado à ideia ou princípio da dignidade da pessoa humana, em detrimento de limitações de ordem financeira e orçamentária relacionadas à cláusula da “reserva do possível” (fática).

O segundo objetivo específico trata da relação entre a judicialização da saúde e as escolhas trágicas, e é objeto de estudo do segundo capítulo desta pesquisa. Sob a perspectiva da teoria das “escolhas trágicas”, analisa-se a relação entre as escolhas tomadas no âmbito político majoritário sobre a alocação de recursos, sobretudo no campo da saúde, e as consequências da interferência dos órgãos jurisdicionais, na busca de identificação do papel da jurisdição e verificação de como se desenvolve o controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil, envolvendo o fornecimento de medicamentos de alto custo. Utiliza-se como referência jurisprudencial, a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, paradigma no qual se trata do controle jurisdicional de políticas públicas de saúde em sua matriz “coletiva” de atendimento.

Por fim, no último capítulo, busca-se desenvolver o terceiro objetivo específico, qual seja, a análise do fenômeno da judicialização da saúde no histórico dos casos envolvendo o fornecimento de medicamentos de alto custo julgados pelo Supremo Tribunal Federal e, também, o posicionamento de seus Ministros quanto aos problemas que envolvem os “custos dos direitos” e o

¹² WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Vol. I. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p.13.

respeito às “escolhas trágicas” tomadas no âmbito dos poderes políticos representativos. Para tanto, é analisado os principais argumentos utilizados nas fundamentações de suas decisões, como um verdadeiro “estado da arte” da jurisprudência sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo, desde as primeiras decisões proferidas no início da década de 90, quando surge um grande número de demandas judiciais por medicamentos utilizados no tratamento do vírus HIV, passando pelo entendimento fixado pelos Ministros no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/CE, julgado em 2010; chegando até o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 566.471/RN, com a última manifestação do Tribunal em setembro de 2016, em que já votaram três Ministros.

CAPÍTULO 1. ASPECTOS NORMATIVOS DO DIREITO À SAÚDE

1.1 A saúde como um direito fundamental social

Nas últimas décadas ocorreu um grande debate na doutrina brasileira, acompanhado por mudanças nas práticas dos tribunais, envolvendo a eficácia jurídica das normas constitucionais sobre direitos sociais e econômicos, as quais, outrora, eram vistas como normas de caráter meramente programático¹³ – o que, em certa medida, tornava-se um óbice para fundamentar sua sindicabilidade em juízo na obtenção de prestações positivas do Estado¹⁴. Após esta mudança de perspectiva, os direitos sociais começam a ser vistos como verdadeiros direitos subjetivos públicos¹⁵ garantidos “prima facie”¹⁶, com base em argumentos construídos no interior de uma perspectiva que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo”.

¹³ Conforme a tradicional classificação de José Afonso da Silva: “a doutrina, como já indicamos, estabeleceu uma divisão das normas de eficácia limitada em dois grupos: a) *normas programáticas*, como as dos arts. 196 e 127, citados, que versam sobre matéria eminentemente *ético-social*, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa, cultural, etc.); b) *normas de legislação...*” SILVA, Jose Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 84.

¹⁴ Um exemplo desta orientação foi o acórdão proferido à unanimidade pela 1ª Turma do STJ no ROMS 6.564/RS, julgado em 23/05/1996, da relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, de cuja ementa se extrai o seguinte excerto: “Normas constitucionais meramente programáticas – *ad exemplum*, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários deste interesse, o poder de exigir sua satisfação (...) Estas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, ‘ou não dispõem de eficácia plena’, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe ‘todos têm o direito e o Estado o dever’ – dever de saúde – como afixam os constitucionalistas, ‘na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum juris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes’. No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas”. Conforme SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 1. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 553-586.

¹⁵ Segundo Schawrtz e Bortolotto: “Partindo das normas constitucionais elencadas na Constituição Federal de 1988, pode-se classificar o direito à saúde como um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de sua garantia e efetividade. Portanto, o *direito público subjetivo à saúde* é indisponível, representando o bem jurídico constitucionalmente tutelado e integrando o rol dos direitos fundamentais”. SCHWARTZ, Germano e BORTOLOTTI, Franciane Woutheres. **A dimensão prestacional do direito à saúde e controle judicial de políticas públicas sanitárias**. Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008.

¹⁶ ALEXY, Robert. “Derechos Sociales Fundamentales”. In: Miguel Carbonell, Juan Antônio Parceroy y Rodolfo Vázquez. **Derechos Sociales y Derechos de las Minorias**. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 69-88.

O termo “neoconstitucionalismo”, formulado inicialmente na Itália e Espanha¹⁷, passou a ser utilizado pela doutrina brasileira depois da grande divulgação da coletânea organizada pelo mexicano Miguel Carbonell denominada “neoconstitucionalismo(s)” em 2003.¹⁸ Nesta obra, Paolo Comanducci afirma que existe um duplo sentido veiculado ao termo “neoconstitucionalismo”, podendo designar, no primeiro sentido, uma teoria, uma ideologia ou um método de análise do direito. Já no segundo sentido, pode designar alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, que são descritos e explicados pelo neoconstitucionalismo como teoria, satisfazendo, portanto, os requisitos do neoconstitucionalismo como teoria.¹⁹

Diversos fenômenos levaram a mudanças e adoção deste novo paradigma²⁰, desde o processo de redemocratização no Brasil, sobretudo, após a promulgação da Constituição de 1988. Dentre eles, primeiramente, destaca-se o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e de sua importância no processo de aplicação do direito. Neste sentido, ao tratar da teoria dos princípios, Ana Paula Barcellos irá dizer que “afirmar que o princípio constitucional é uma disposição jurídica imperativa significa que o efeito por ele pretendido deverá ser imposto coativamente pela ordem jurídica caso não se realize espontaneamente”.²¹ Humberto Ávila também chega a afirmar que “a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico”.²²

Outro fenômeno que contribuiu para esta mudança está ligado à rejeição do formalismo e ao uso mais corrente de métodos ou “estilos” mais abertos de

¹⁷ Segundo Mauro Barberis “o termo e o conceito de neoconstitucionalismo são frutos, sobretudo, do trabalho de alguns teóricos da escola de Gênova: Suzana Pozzolo pela invenção do termo; Mauro Barberis pela sua redefinição; Riccardo Guastini pela elaboração de um conceito intimamente interligado ao precedente, o conceito de constitucionalização; Paulo Comanducci e Tecla Mazzaresse por algumas das análises meta teóricas mais aprofundadas do argumento”. BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 1, n. 7, p. 17-30, jan.-jun. 2006, p. 19. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-07/revista07-vol1.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

¹⁸ CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

¹⁹ COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico”. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 75.

²⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª Ed. Rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 71.

²² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.15.

raciocínio jurídico, como por exemplo, a regra da ponderação, a tópica²³, e as teorias da argumentação.

Segundo Barcellos, a ponderação pode ser compreendida de três maneiras diferentes:²⁴ (1) como uma forma de aplicação dos princípios, considerando que estes operam uma dimensão de peso (conforme nos ensina Dworkin²⁵) diferente das regras que obedecem uma lógica de “tudo ou nada”, empregando as formulações mais sofisticadas de Robert Alexy²⁶; (2) como um modo de solucionar qualquer conflito normativo, ou seja, uma técnica genérica de solução de aparentes tensões normativas feita através do balanceamento ou sopesamento; e (3) como elemento próprio e indispensável ao discurso e à decisão racionais, envolvendo, portanto, uma atividade pela qual se avaliam não apenas enunciados normativos mas também as razões e argumentos relevantes para o discurso, como argumentos morais, políticos e econômicos.

Sem querer desenvolver uma análise mais pormenorizada sobre a “regra da ponderação de princípios”, em razão da limitação espacial deste trabalho, vale apontar a crítica de seu uso pela jurisprudência brasileira, feita por Lenio Streck quando afirma que aqueles que buscaram superar o antigo positivismo se equivocaram, ao separar casos fáceis de casos difíceis e apostar nos princípios como a porta da entrada da moral no direito, dizendo que “princípios são normas”. “Resultado disso é o já serôdio discurso de que o juiz ‘boca da lei’ foi superado pelo juiz dos princípios”²⁷. Que o problema ainda se agrava, pois a comunidade jurídica passou a utilizar da ponderação de forma equivocada, fazendo sopesamentos sem qualquer fidelidade à ponderação alexyana, de

²³ Segundo Paulo Bonavides, a tópica no Direito Constitucional contemporâneo tem na Alemanha os seus grandes Mestres: “Kriele classificou os *topoi*, Hesse desenvolveu uma teoria concretista, Müller produziu novo método de interpretação da Constituição, que ele mesmo denominou estrutural-funcionalista, e Häberle propôs o conceito da ‘Constituição aberta’ np pluralismo das sociedades democráticas, o instrumento de interpretação constitucional mais antiformalista que se conhece”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 15ª Ed. 2004. p.183.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 24.

²⁵ “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância”. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002. p. 42.

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 98.

forma a utilizá-la como um mero álibi teórico que lhe dá o poder de extrair qualquer decisão.

Vale também destacar outros fenômenos que influenciaram tais mudanças, conforme aponta Daniel Sarmento:²⁸ (1) a constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais; (2) a reaproximação do Direito com a moral;²⁹ e (3) a judicialização da política e das relações sociais, onde “a invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário”.³⁰

Atualmente, os direitos ditos “sociais”, são interpretados pela doutrina e jurisprudência brasileira, sob a influência deste novo paradigma, sobretudo quando tratamos de direitos como a saúde ou a educação. O intuito maior tem sido, ao menos teoricamente, a busca por uma maior efetividade destes direitos, componentes do rol de direitos fundamentais contidos em nossa “Constituição cidadã”.

Dizer que o direito à saúde é um direito social fundamental é também afirmar que ele compõe os denominados direitos fundamentais de segunda geração (ou dimensão), ideia desenvolvida a partir das considerações sobre a evolução do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa para o modelo de Estado Social de Direito. Com efeito, os direitos sociais surgem num contexto histórico dialético onde, de um lado se encontra o capitalismo industrial embrionário, organizado sob uma economia de mercado liberal, construída sob uma ordem jurídica baseada na propriedade privada e na autonomia da vontade, produtora de relações trabalhistas desfavoráveis e cruéis contra a classe operária; de outro, os crescentes movimentos de resistência e luta por

²⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²⁹ “Presencia-se hoje à mudança de paradigmas jurídicos, até mesmo como consequência da reconfiguração do próprio Estado de Direito (...) A mudança de paradigmas implica a reaproximação entre direito e ética e entre liberdade e justiça, bem como a preeminência dos princípios jurídicos no quadro do ordenamento”. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **A legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p.1.

³⁰ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social. Revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, pp. 39-85.

reconhecimento de direitos desta mesma classe oprimida.³¹ E esta categoria de direitos só passaria realmente a ser incorporada às constituições no mundo, no século XX, primeiramente, na Constituição Mexicana de 1917, e depois na Constituição de Weimar de 1919, tão citada pela doutrina.³²

Segundo Garcia-Pelayo, a ideia de Estado Social de Direito foi formulada concretamente por Hermann Heller em seu livro “Rechtsstaat oder Diktatur?”³³, publicado em 1929, onde enfrentou o problema da crise da democracia e do Estado de Direito frente à ditadura fascista e a degeneração conduzida pelo positivismo jurídico e os interesses dos estratos dominantes. A solução encontrada foi dar ao Estado de Direito um conteúdo econômico e social, realizando, dentro de seus limites, uma nova ordem laboral e de distribuição de bens. Afirma o autor que o Estado Social significa a tentativa de adaptação do Estado Liberal burguês “às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentar”.³⁴

A revolução russa de 1918 rompeu os limites jurídicos do Estado de Direito e do modelo constitucional representativo ocidental, apresentando-se como uma alternativa ao modelo do Estado de Direito liberal. Também se

³¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 49-51.

³² Segundo Fabio Comparato, neste quadro conflituoso, como primeiro documento histórico no sentido de apontamento para a criação do que viria a ser o Estado do Bem-Estar Social, destaca-se a Constituição Francesa de 1848: “Seja como for, malgrado toda essa anfibia, não se pode deixar de assinalar que a instituição de deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral, estabelecida no art. 13, aponta para a criação do que viria a ser o *Estado do Bem-Estar Social*, no século XX.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva. 2010. p.132. Ainda segundo Alessandra Gotti, outro documento que contempla uma gramática social de direitos foi a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1918: Constituição Francesa de 1848. Artigo 13. “A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito profissional, a igualdade nas relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento, pelo Estado, os Departamentos e os Municípios, de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recurso e que não podem ser socorridos por suas famílias.” GOTTI, Alessandra. **Direito Sociais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 31.

³³ HELLER, Hermann. **Rechtsstaat oder Diktatur?**, Recht u. Staat in Geschichte u. Gegenwart. Vol. 68, p.26 p, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1930.

³⁴ GARCIA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.2-9.

afastou da concepção de direitos fundamentais como direitos contra o Estado, assentes na autonomia individual. O Estado, agora pertencente aos próprios trabalhadores – Estado proletário –, era o responsável pela realização de seus direitos e não contra eles, como tipicamente era visto no Estado burguês liberal. Este fato, entretanto, marcou a “sorte” política dos direitos sociais, por uma ideologia e uma lógica de competição e até de contraposição aos clássicos direitos de liberdade, que se estende até os dias atuais.

Contudo, a defesa dos direitos sociais, predominante no mundo ocidental, passou a ser feita por um novo tipo histórico de Estado, o Estado social (e democrático) de Direito, que buscou integrar e manter a defesa tanto dos direitos sociais quanto dos direitos de autonomia individual. Esta assunção do “Estado Social de Direito”³⁵ passa a basear-se, não somente no ideal construtivo de uma sociedade superior socialista, mas em um espectro político que vai se alargando até a contemporaneidade, desde programas de promoção de uma sociedade mais justa, baseado em uma concepção substancialista de dignidade da pessoa humana, até o pragmatismo de um racionalismo econômico utilitarista, e também em novos projetos alternativos emancipatórios das periferias excluídas da sociedade global. Assim, conforme vão se orientando os direitos sociais para a exigência de atuação do Estado como fornecedor de prestações fáticas de natureza econômica e social, também vão se confrontando diferentes concepções políticas e ideológicas sobre as funções do Estado e sua relação com o prosseguimento do bem ou da justiça social.³⁶

O Estado Social de Direito surge, naquele momento histórico, como uma forma de assegurar os direitos ditos “sociais” e tornar concreto o ideal de igualdade material. O adjetivo “Social” incorporado ao conceito de Estado de Direito indica a pretensão de se corrigir o individualismo liberal por meio de garantias coletivas. Projeta-se um modelo no qual o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público. “Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar

³⁵ Segundo NOVAIS, “A adjectivação ‘social’ não tem um sentido de socialização ou coletivização tomado em contraposição a ‘individual’ ou o ‘privado’, mas antes um sentido diretamente político, relativo à evolução constitucional clássica de Estado de Direito liberal para Estado de Direito social (...) do comprometimento com os fins de resolução da chamada questão social”. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais. Teoria jurídica os direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p.20.

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais. Teoria jurídica os direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010. p.17.

social, fórmula geradora do “welfare state” neocapitalista no pós-Segunda Guerra Mundial”.³⁷

No Brasil, o quadro de evolução histórica do constitucionalismo brasileiro pode ser identificado por três fases históricas, segundo Paulo Bonavides³⁸: a primeira, denominada de “constitucionalismo do império”, foi inspirada no modelo constitucional francês e inglês do século XIX, no período que se estende de 1822 até o golpe de Estado em 15 de novembro de 1889, que substituiu o regime monárquico pelo sistema republicano de governo; a segunda fase, o “constitucionalismo da primeira república”, foi inspirada no modelo americano, com o federalismo e o presidencialismo, sustentado pela ideia do denominado Estado liberal de direito; já a terceira fase histórica, a do “constitucionalismo do Estado social”, é iniciada com a promulgação da Constituição de 16 de junho de 1934, na qual foram inseridas uma nova corrente de princípios que ressaltavam o aspecto social, descurado pelas Constituições precedentes e fortemente influenciada pela Constituição alemã de Weimar e pela Lei Fundamental de Bonn.

Nesta terceira fase, se insere nossa atual Constituição Federal de 1988, a qual se constitui fundamentalmente como uma Constituição do Estado social, que traz ao Direito Constitucional, o problema de como “juridicizar” tal modelo de Estado, ou seja, de como criar e estabelecer novas técnicas ou institutos processuais que possam garantir os direitos sociais básicos e sua efetividade. Apesar do Estado brasileiro ter avançado na garantia destes direitos com a promulgação da Constituição de 1988 – através, por exemplo, da criação de institutos como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão – na prática, esta garantia se esbarra na falta de condições materiais necessárias que possam traduzir em realidade o programa de direitos básicos postos formalmente da Constituição.³⁹

Não há como não reconhecer a condição de dependência atual dos brasileiros em relação às prestações do Estado no cumprimento de sua função igualitária e distributiva, a fim de proporcionar condições mínimas para que

³⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 75.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 15ª Ed. 2004. p. 361.

³⁹ Idem. p.379

exista uma sociedade democrática com cidadãos livres. Neste sentido, os “direitos sociais básicos”, dispostos na Constituição Federal brasileira de 1988, apontados no artigo 6º da Constituição Federal – “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” –, têm a função de realizar a “igualdade niveladora” (material) na sociedade de forma concreta e não meramente formal. Cabe ao Estado, portanto, intervir na ordem social para corrigir as injustiças sociais. O Estado social é um produtor de igualdade fática, estando obrigado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, caso haja necessidade, para a concretização dos comandos normativos de isonomia. Nas palavras de Bonavides, “a igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável”.⁴⁰

Neste contexto a proteção sanitária foi definitivamente tratada como política de governo, com o estabelecimento da responsabilidade do Estado pela saúde da população, somente no século XX, após a segunda Grande Guerra Mundial, impulsionada pela lógica econômica a partir da notória interdependência entre as condições de saúde do trabalhador e a atividade produtiva. Como consequência, foi institucionalizado os sistemas de previdência social, ampliado posteriormente, para o sistema de seguridade social que abarcou também a previdência e a saúde pública como atualmente é tratado na Constituição brasileira de 1988.⁴¹

Esta responsabilidade do Estado quanto a efetivação e concretização do direito à saúde, que além de uma obrigação moral é também obrigação jurídica, foi fundamentada a nível internacional, por meio dos Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, sobretudo pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aderido atualmente por 145 países, o qual enuncia um extenso rol de direitos, dentre eles o direito à saúde (artigo 12)⁴². Tais direitos devem ser realizados progressivamente,

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 15ª Ed. 2004. p. 380.

⁴¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007. p. 77-80.

⁴² Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Artigo 12. “1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam

ficando condicionados à atuação do Estado, o qual deve adotar todas as medidas possíveis, até o máximo de seus recursos disponíveis⁴³, com o fim de se alcançar de forma progressiva⁴⁴ – no sentido de tão rapidamente quanto possível – a completa realização e concretização desses direitos.⁴⁵

Ainda no âmbito do direito internacional, além da referência à ideia de saúde, como exposto no parágrafo anterior, é possível afirmar que ela foi apresentada primeiramente na Declaração Universal dos direitos Humanos, em 1948, em seu artigo 25⁴⁶, qualificando a saúde como um direito a um padrão de vida mínimo e de segurança social.

necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.”

⁴³ Ressaltando que assim como os direitos sociais, econômicos e culturais exigem prestações positivas por parte do Estado, os direitos civis e políticos também iram demandar, em certa medida, ações estatais que exigirão gastos de recursos financeiros e econômicos, e não apenas abstenção estatal ou prestações negativas, como equivocadamente é sustentado pela dogmática jurídica. Tal esclarecimento foi devidamente apresentado na obra de SUNSTEIN, Cass R e HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W.W. Norton & Company. New York. London. 1999.

⁴⁴ PIDESC, Artigo 2º. “1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, e Direitos Civis e Políticos**. Revista internacional de direitos humanos. Ano 1, Nº 1, 2004, publicada pela SUR – Rede Universitária de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.surjournal.org>>. Acesso em: 12/08/2018.

⁴⁶ Segundo o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948: “1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.” Outros importantes documentos de âmbito internacional também trazem previsões no sentido de proteção do direito à saúde: A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada pelo Decreto legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, e promulgada pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992: arts. 4º e 5º (direitos à vida e à integridade física e pessoal). O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), internalizado pelo Decreto legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995, e promulgado pelo Decreto n. 3.371, de 31 de dezembro de 1999: art. 10 (direito à saúde). A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul), de 27 de julho de 1981: art. 16º (direito à saúde). A 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). A Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS): Preâmbulo, em que definida a saúde como o estado de “completo bem-estar físico, mental e social”. Cf.

1.1.1 Fundamentalidade formal e material do direito à saúde

Nossa Constituição não agasalhou a saúde como um bem jurídico digno de tutela constitucional apenas, mas foi além, consagrando-a, segundo Sarlet, como um direito fundamental com uma proteção diferenciada. Logo, a saúde comunga de dupla fundamentalidade: formal e material, da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais.⁴⁷

Conforme a distinção proposta por Sarlet⁴⁸, a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo sendo composta por três elementos: (I) direitos de natureza supralegal – os direitos fundamentais são normas de superior hierarquia se encontrando no ápice do ordenamento jurídico. (II) “direitos pétreos” – como normas fundamentais, também estão submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais de reforma constitucional (“cláusulas pétreas”); e III) conforme o artigo 5º, § 1º da Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.

No mesmo sentido, Canotilho afirma que a fundamentalidade formal associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões:

- (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica;
- (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão;
- (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria

VANDERPLAAT, Madine. “Direitos Humanos: uma Perspectiva para a Saúde Pública.” In: **Saúde e Direitos Humanos**. Ano 1, n.1. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 27-33. Disponível em: http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh_2004.pdf, acesso em 31-07-2018.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 3, n. 12, out. 2001. Quanto aos direitos e garantias fundamentais em geral, segundo Robert Alexy, o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial. “A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”. Já a fundamentalidade substancial refere-se à tomada de “decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 522.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. item 4.2.

revisão; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolha, decisões, ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.⁴⁹

No tocante a fundamentalidade no sentido material, sua ideia está ligada à importância do bem jurídico protegido pela ordem constitucional. E neste sentido, uma ordem jurídica constitucional, como a brasileira, que garante o direito à vida e à integridade física e corporal, obviamente, em alguma medida, também irá proteger a saúde. Contudo, para que seja reconhecida a fundamentalidade material de um direito, não basta sua mera positivação no texto constitucional (como é o caso da fundamentalidade formal). Neste caso, o direito dialogando com o sistema da moral, busca a legitimidade que possa fundamentar o direito demandado no caso concreto. Neste sentido, Ricardo Lobo Torres destaca que o estudo da legitimação procura encontrar fora do ordenamento jurídico a sua justificativa, que deverá responder às perguntas: “Por que a preeminência dos Direitos Humanos? Por que a dignidade humana é um dos fundamentos do Estado? Porque se deve obedecer a Lei?”⁵⁰

Segundo Canotilho, a ideia de fundamentalidade material ainda insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas do Estado e da Sociedade. Só a fundamentalidade material pode fornecer suporte para a abertura da constituição a outros direitos materialmente, mas não formalmente fundamentais (cláusulas abertas), também a aplicação a estes direitos apenas materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal e a abertura a novos direitos fundamentais.⁵¹

Neste sentido, Sarlet sustenta que a fundamentalidade material decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Razão pela qual, é por intermédio do direito constitucional positivo – considerando que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

⁴⁹ CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2000. p.379.

⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 4.

⁵¹ CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2000. p.379.

adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, conforme o disposto no art. 5º, § 2º, da CF/88 – que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal.⁵²

Quanto a distinção de fundamentalidade de determinados direitos em relação a outros que não foram expressamente albergados pela Constituição, no sentido jurídico-constitucional, um determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado em si mesma, mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do constituinte, juntamente com a atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo constituinte às normas de direitos fundamentais.

O direito à saúde, por exemplo, é considerado um direito fundamental na Constituição brasileira de 1988, mas não o é (apesar de ser inquestionável a importância da saúde para a vida e a dignidade da pessoa) na Constituição Espanhola de 1978, pois naquela ordem constitucional não lhe é garantindo o regime jurídico equivalente aos direitos fundamentais ainda que existam importantes desenvolvimentos relativos ao reconhecimento de eficácia e aplicabilidade aos assim designados “princípios diretivos da ordem social”.⁵³

No contexto do neoconstitucionalismo, podem ser destacados três principais tipos de argumentações jusfilosóficas utilizadas para o reconhecimento da fundamentalidade material do direito à saúde (considerando que a saúde está ligada diretamente à manutenção do funcionamento normal do indivíduo, isto é, à sua integridade física e mental): (1) a saúde como condição para o exercício da liberdade ligada a ideia de autonomia privada; (2) a saúde como condição da democracia ligada à ideia de autonomia pública; e (3) a saúde como corolário lógico da dignidade da pessoa humana.⁵⁴

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. item 4.2.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Classificação conforme SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. 350f. Dissertação (Mestrado em Direito) - PPGD da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ, 2011. Existem outras classificações ou formas de se argumentar sobre a fundamentação

No primeiro grupo – a saúde como condição para o exercício da liberdade – podemos destacar as ideias defendidas por autores como John Rawls, Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres. Já no início da defesa de uma teoria da justiça como equidade (desenvolvida em seu livro “A Theory of Justice” publicada inicialmente em 1971), o filósofo político John Rawls, afirma a existência de um nível social mínimo que deveria ser garantido pelo Estado (Governo), seja por meio de “um salário-família e de subvenções especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual de renda (o chamado imposto de renda negativo)”.⁵⁵

Neste primeiro momento, segundo Barcellos, o pensamento rawlsiano foi desenvolvido a partir do reconhecimento da justiça distributiva globalmente considerada como uma norma de conteúdo programático, ou seja, o princípio da diferença – maximização do bem-estar dos menos favorecidos, posições e funções abertas a todos e igualdade equitativa de oportunidades – constituiu um fim estabelecido pelo constituinte, mas dirigido ao legislador.⁵⁶

Posteriormente, em sua obra “O liberalismo político”, John Rawls reconhece, de forma mais contundente, a importância do mínimo social, consubstanciado num conjunto mínimo de condições materiais, sustentando que este seria pressuposto lógico para a realização do procedimento de escolha dos princípios fundamentais de justiça pelos indivíduos na “posição original”⁵⁷:

material dos direitos sociais. Rodolfo Arango, por exemplo, buscando a fundamentação filosófica dos direitos sociais nas Constituições democráticas modernas (as quais, em sua maioria, não consagram de forma explícita todos os direitos sociais), divide sua análise em três partes: 1º analisa as teses sobre o tema de reconhecidos filósofos como Rawls, Michelman, Habermas, Alexy, Tugendhat e Wiggins; 2º apresenta um conceito mais desenvolvido de direito subjetivo; 3º demonstra a relevância de um conceito mais desenvolvido de direito subjetivo para a fundamentação dos direitos sociais fundamentais.

⁵⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.304.

⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2ª. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.116.

⁵⁷ A “posição original” é uma situação hipotética onde os indivíduos cobertos pela figura do “véu da ignorância” (todos desconhecem que posição ocupará na sociedade a ser organizada, se será rico ou pobre, talentoso ou não) estabelecem um consenso sobre os princípios básicos de funcionamento da sociedade e da distribuição de bens. RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.65 e p.146 ss. São dois os princípios de justiça formulados por Rawls: “a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido. b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro,

Em particular, o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicas e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação dessas necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades. É evidente que um princípio desse tipo tem de estar pressuposto na aplicação do primeiro princípio.⁵⁸

John Rawls ainda destaca o mínimo social como um elemento constitucional essencial colocando-o, nesta circunstância, no mesmo nível das tradicionais garantias do direito da liberdade. Segundo o autor norte-americano “Essas considerações explicam por que a liberdade de movimento e a livre escolha de ocupação, e um mínimo social que abarque as necessidade mínimas dos cidadãos, contam como elementos essenciais”⁵⁹.

Estes conteúdos constitucionais essenciais são divididos, por Rawls, em dois tipos de princípios de justiça política: (I) aqueles que especificam a estrutura geral do Estado – os poderes legislativo, executivo e judiciário – e do processo político (regra majoritária, de votação etc.); e (II) aqueles que garantam direitos e liberdades básicas como, por exemplo, o direito ao voto, a participação política, a liberdade de consciência, opinião e culto, a liberdade de pensamento e de associação. Com efeito, apenas alguns elementos da justiça distributiva se enquadram no conceito de conteúdos constitucionais essenciais – como, por exemplo, a liberdade de movimento, a livre escolha de emprego e o mínimo social indispensável para cobrir as necessidades básicas do cidadão –, enquanto o princípio da “igualdade equitativa de oportunidades” e o “princípio da diferença” não.⁶⁰

Segundo Rodolfo Arango, Rawls aceita finalmente a tese de que os direitos sociais constitucionais devem ser parte de uma constituição democrática. E que a distinção entre o mínimo social especificado pelas necessidades básicas, por um lado, e o conteúdo do princípio da diferença, por

devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos favorecidos da sociedade”. RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. p. 48.

⁵⁸ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2000. p.49.

⁵⁹ Idem. p.280.

⁶⁰ Idem. p.279.

outro, é de grande importância para a conceituação dos direitos sociais fundamentais, haja vista que, “los juices constitucionales deben garantizar el mínimo social especificado por las necesidades básicas”.⁶¹

Portanto, se por um lado, o segundo o princípio (o princípio da diferença) deve ser implementado pelo legislador ordinário eleito democraticamente, por outro lado, os direitos sociais básicos, incluindo o direito à saúde, serão fundamentais na medida em que constituam condições necessárias ao exercício dos direitos de liberdade, ou seja, enquanto constituírem condições materiais para o exercício da autonomia privada.

Nesta segunda fase do pensamento de Rawls, portanto, ocorre uma distinção no interior do princípio da diferença, de um conteúdo mínimo, ao qual é conferido “status” de direito subjetivo constitucional. Este conteúdo mínimo – que para autores brasileiros, como Ana Paula Barcellos, trata-se do mínimo existencial – deixa de ser um fim a atingir pela atuação do Legislador para se transformar em um direito constitucionalmente assegurado, com a ressalva de que, as prestações que representam um “plus” referentes a este mínimo permanecem na esfera de competência do Legislador, o qual deverá promover as políticas sociais e econômicas para realização mais abrangente possível da justiça distributiva.⁶²

A ideia sobre a concepção material dos direitos sociais enquanto pressupostos para o exercício das liberdades ligadas à ideia de autonomia privada também pode ser associada a Robert Alexy, o qual desenvolveu sua tese no âmbito da dogmática constitucional em diálogo com a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, diferentemente de Rawls que construiu sua teoria a partir da filosofia política. Para tanto, o jusfilósofo alemão distingue o conceito de liberdade em duas espécies: a liberdade fática e a liberdade jurídica. Enquanto a liberdade jurídica tem a ver com a permissão jurídica de se fazer

⁶¹ Ainda segundo Arango, “El mínimo social especificado por las necesidades básicas – concebido ahora como um ‘contenido constitucional esencial’ y no ya como um ‘bien primario’ unicamente – es un momento prévio a la distribución de los bienes básicos mediante el processo político. O sea, el mínimo social funge como um limite inferior que o debe franquearse si se quiere que la participación de los ciudadanos em la vida social y política este garantizada”. ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005. p. 251.

⁶² BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2ª. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.117.

ou deixar de fazer algo, a liberdade fática (ou real) trata-se da possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas. E esta (liberdade fática) é o que dá valor àquela (liberdade jurídica).⁶³

Na construção de sua teoria sobre os direitos fundamentais sociais, Alexy propõe uma diferenciação estrutural e substancial entre as normas de direitos sociais, os quais podem ser previstos de forma expressa ou atribuídos por meio de interpretação. Para ele, os direitos sociais são direitos a prestações em sentido estrito, ou seja, “são 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”.⁶⁴

Segundo o autor alemão, sob o ponto de vista teórico-estrutural, as normas de direitos sociais podem ser diferenciadas utilizando-se três critérios: (I) normas que garantam direitos subjetivos ou apenas obrigam o Estado objetivamente; (II) normas vinculantes ou não vinculantes (no mesmo sentido de normas programáticas); e (III) normas que podem fundamentar direitos (e deveres) definitivos ou “prima facie”. Se por um lado, a proteção mais intensa é garantida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações, por outro lado, a proteção será mais fraca quando se tratar de normas não-vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo “prima facie” à realização de prestação.⁶⁵

Quanto às diferenças substanciais, estas se relacionam com o seu conteúdo minimalista ou maximalista. Enquanto o conteúdo minimalista busca garantir ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um “status” social mínimo (“direitos mínimos”), o conteúdo maximalista refere-se a uma “realização completa dos direitos fundamentais”. Razão pela qual, o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser resumido a uma questão de “tudo-ou-nada”.⁶⁶

Para chegar a um modelo que justifique a existência dos direitos fundamentais sociais, Alexy irá considerar dois argumentos a favor e dois

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 503.

⁶⁴ Idem. p. 499.

⁶⁵ Idem. p. 501.

⁶⁶ Idem. p. 502.

argumentos contra os direitos fundamentais sociais. Dentre os argumentos a favor, o primeiro (como já dissemos) sustenta que a liberdade jurídica não tem valor sem uma liberdade fática. O autor, citando Lorenz Von Stein, afirma que “a liberdade é real apenas para aqueles que tem as condições para exercê-la, os bens materiais e intelectuais que são pressupostos da autodeterminação”. Além disto, em razão das condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática dos indivíduos não encontra substrato material em um “espaço por eles controlado”, pois ela depende sobretudo de atividades do Estado.⁶⁷

O segundo argumento a favor dos direitos fundamentais sociais diz respeito à importância dos direitos sociais na garantia da liberdade fática. Como exemplo, o autor destaca a importância vital, para um indivíduo, de não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo e não estar excluído da vida cultural de seu tempo. Somado a isto, há também o reconhecimento de que o catálogo de direitos fundamentais, necessariamente, expressa princípios que exijam do indivíduo a possibilidade de desenvolver livremente sua dignidade na comunidade social, pressupondo uma liberdade fática, em certa medida.

Quanto às objeções aos direitos fundamentais sociais, o autor aponta dois argumentos, um formal e outro substancial. O argumento “formal” destaca que se os direitos fundamentais sociais – os quais são extremamente indeterminados – forem vinculantes, eles deslocam a política social (e conseqüentemente, a política orçamentária) da competência parlamentar para a competência do tribunal constitucional. Já o argumento “substancial” afirma que os direitos sociais são incompatíveis com normas materiais, ou seja, haveria sempre uma colisão entre os direitos fundamentais sociais de uns em detrimento dos direitos de liberdade de outros, ou ainda, em detrimento de interesses coletivos.⁶⁸

Para solucionar o problema de forma a justificar o direito social que o indivíduo definitivamente possui, Alexy propõe a utilização de um modelo que leva em conta tanto os argumentos contra quanto os argumentos a favor dos direitos fundamentais, e que pode ser desenvolvido através do sopesamento

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 504.

⁶⁸ Idem. p. 509.

entre princípios: de um lado o princípio da liberdade fática, de outro lado, os princípios formais de competência decisória do legislador democraticamente legitimado (que inclui sua competência orçamentária) e o princípio da separação dos poderes, bem como os princípios materiais colidentes, relacionados à liberdade jurídica de terceiros e outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos, que sejam afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a considerarem.⁶⁹

Entre os autores brasileiros que defendem a necessidade de garantia de precondições para o exercício da liberdade ligada a ideia de autonomia privada, se destaca Ricardo Lobo Torres, o qual já afirmou que “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”.⁷⁰ O autor brasileiro publicou em 1989 o primeiro ensaio no Brasil desenvolvendo a ideia de mínimo existencial, sustentando que “o mínimo existencial, como condição de liberdade, postula ainda prestações positivas de natureza assistencial ou, como define a doutrina germânica, cria a pretensão jurídica à assistência social”.⁷¹

Diferenciando o mínimo existencial dos direitos sociais, Torres sustenta que, por um lado, a garantia do mínimo existencial, visto como a parcela mínima de condições materiais essenciais para a sobrevivência do ser humano, decorre do direito básico de liberdade, é considerado direito pré-constitucional e pode ser diretamente sindicável. Por outro lado, os direitos sociais e econômicos, diferentemente, se fundamentam na ideia de justiça social, ficando na dependência de concessão legislativa.⁷² Com efeito, parece inquestionável que o acesso a condições materiais básicas é de fato indispensável para capacitar as pessoas ao exercício das suas liberdades. Uma pessoa analfabeta terá dificuldades quase insuperáveis para se expressar e ter acesso à informação, assim como, um doente ou faminto terá dificuldades de fazer suas escolhas existenciais mais importantes.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 512.

⁷⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 267.

⁷¹ TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, n. 177, p. 20-49, 1989.

⁷² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.151.

A fundamentalidade material do direito à saúde, portanto, pode ser justificada através do reconhecimento da necessidade de garantia deste mínimo existencial (ou mínimo social), no sentido de condições mínimas de saúde física e mental, indispensáveis à capacitação dos indivíduos ao exercício de suas liberdades. Contudo, a teoria do mínimo existencial é criticada por remeter a uma ideia minimalista dos direitos fundamentais sociais. Segundo George Marmelstein, um intérprete ideologicamente contra os direitos sociais pode utilizar a tese para esvaziar a força jurídica do direito demandado, restringindo ao máximo o seu conteúdo essencial, até porque “o balizamento sobre o que será esse ‘conteúdo mínimo’ ficará a cargo da doutrina e da prática judicial”.⁷³

O segundo grupo de argumentações jusfilosóficas utilizadas para o reconhecimento da fundamentalidade material do direito à saúde – a saúde como precondição da democracia ligada à ideia de autonomia pública – sustenta que o regime democrático se assenta na compreensão de que os cidadãos devem ter igual oportunidade de participar do processo de formação da vontade da comunidade política da qual fazem parte, e para que esta participação seja efetiva, é necessário possuir condições mínimas materiais para exercê-la.⁷⁴

Segundo, Daniel Sarmiento, dentre os autores que contribuem para este pensamento podemos destacar Jürgen Habermas, o qual já afirmou que “Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas”.⁷⁵ Importa ressaltar que Habermas é um filósofo ligado ao paradigma procedimentalista do direito, defendendo um modelo democrático constitucional que se fundamenta em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e não valores compartilhados ou conteúdos substantivos.

Para Habermas, em razão do contexto das sociedades contemporâneas marcadas pelo fato do pluralismo, a fonte de legitimidade do direito é deslocada

⁷³ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 319.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 202.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. 1 e 2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.p.190.

para o processo democrático de produção de normas, que deve garantir a todos os cidadãos as condições necessárias para uma participação de forma igualitária nas deliberações públicas (democracia deliberativa). Todos, portanto, devem poder expor seus argumentos e contra-argumentos, com liberdade e igualdade, fazendo com que o processo discursivo além de racionalizar, confira legitimidade às decisões tomadas. E para tanto, é indispensável a garantia de direitos fundamentais.⁷⁶

Habermas cria um catálogo com cinco espécies de direitos fundamentais, qualificando as quatro primeiras como direitos de participação (ligado à ideia de autonomia pública) e de liberdade (autonomia privada), fundamentados absolutamente, e a última espécie como direitos fundamentados de modo apenas relativo, devido ao seu papel apenas funcional. Esta última espécie trata-se de “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”.⁷⁷

Esta quinta espécie de direitos fundamentais representa, na visão de Daniel Sarmento, o mínimo existencial – tanto no âmbito social, quanto ambiental – o qual seria fundamentado somente de modo relativo, por exercer, tão-somente, um papel instrumental: garantir a possibilidade de efetiva fruição dos demais direitos, que, por sua vez, tornam possível o funcionamento da democracia deliberativa, conferindo legitimidade ao Direito.⁷⁸

⁷⁶ SARMENTO, Daniel. **O mínimo existencial / The right to basic conditions of life**. Revista de Direito da Cidade, v. 8, n. 4, p. 1644- 1689, nov. 2016. ISSN 2317-7721. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034/19156>>. Acesso em: 25 set. 2018.

⁷⁷ As espécies de direitos fundamentais apresentadas por Habermas cuja observância configura pressuposto para a legitimidade do Direito são: “(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação (...) (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito (...) (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual (...) (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo (...) (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. 1 e 2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.p.159-160.

⁷⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 206.

Por fim, vale ressaltar o terceiro grupo de autores que reconhecem a fundamentalidade material do direito social à saúde por considerá-la como um “corolário lógico” da dignidade da pessoa humana. Enquanto nos dois primeiros grupos os fundamentos têm o caráter instrumental – no sentido de se assegurar o direito em questão para que, algum outro princípio ou objetivo (normalmente a liberdade ou a democracia), seja promovido –, no terceiro grupo os fundamentos são “independentes”, pois postulam que os direitos sociais, dentre eles a saúde⁷⁹, devem ser defendidos como uma demanda autônoma de justiça, ou seja, que sua denegação representa, em si mesma, uma grave injustiça, independentemente dos efeitos que isso possa causar sobre outros valores.⁸⁰

A concepção kantiana do homem como um fim em si mesmo – e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação – continua a valer como axioma no mundo ocidental, mesmo que se tenha acrescentado outras preocupações, como a tutela coletiva dos interesses individuais e a necessidade da existência de condições materiais necessárias ao exercício da liberdade. Apesar da dificuldade de delimitação, pode-se dizer que o conteúdo jurídico da dignidade humana está relacionado com os direitos humanos ou fundamentais, o que, para José Carlos Vieira de Andrade, servirá de base para “todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”.⁸¹

O autor português chega a afirmar que existe um conjunto de direitos fundamentais, considerados “patrimônio espiritual comum da humanidade”, do qual decorrem todos os outros: “o conjunto dos direitos que estão mais

⁷⁹ Neste sentido, Cristina Queiroz afirma que: “não vemos como, em relação aos direitos sociais mais básicos – como o trabalho, a saúde e a educação –, estes não possam ser concebidos e valorados como ‘direitos prestacionais de natureza subjetiva’ naquilo que neles possa ser tido por eminentemente ‘pessoal’, isto é, *diretamente decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana* na sua dupla dimensão ‘individual’ e ‘pessoal’ – numa palavra, como ser socialmente integrado (...) O princípio da dignidade da pessoa humana como ‘conceito-chave de direito constitucional’ poderá ser chamado a desempenhar, em sede de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, o papel de motor do ‘desenvolvimento’ e ‘aperfeiçoamento’ da ordem jurídico-constitucional”. QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: Questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 192

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 207.

⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2006. p. 102.

intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens.”⁸²

No Brasil, a perspectiva que busca efetivar os direitos sociais com fundamento na dignidade da pessoa humana prevalece entre a maioria dos doutrinadores e até mesmo na jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Na opinião de Daniel Sarmento, esta teoria não instrumental é a mais correta, pois é a urgência e a gravidade de uma necessidade material que deve servir de critério central para definir o mínimo existencial, e não a sua importância para a realização de outros objetivos.⁸³

Neste sentido, Barcellos, conclui que a fundamentalidade da dignidade humana em geral, e especificamente, de aspectos materiais indispensáveis à existência digna dos indivíduos, se encontra amplamente demonstrada: seja por uma opção material do legislador constitucional brasileiro, seja em decorrência de um consenso no campo da sociedade internacional, seja pela necessidade de construção de um ambiente onde procedimentos democráticos e equitativos possam funcionar.⁸⁴

Vimos neste item, portanto, que o direito à saúde (assim como os demais direitos sociais) possui dupla fundamentalidade: uma formal e outra material. Que a fundamentalidade formal diz respeito à positivação de suas normas no texto constitucional, as quais passam a se distinguir de outras normas infraconstitucionais, em razão de sua superioridade hierárquica, dos limites de reforma constitucional e de sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1 da CF/88). Já a sua fundamentalidade material está associada à importância do bem jurídico protegido e, no contexto do neoconstitucionalismo, separamos em três grupos as perspectivas que reconhecem esta fundamentalidade: a primeira sustenta que a saúde seria pré-condição para o exercício da liberdade ligada à

⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2006. p. 36-37.

⁸³ “Veja-se o exemplo de um indivíduo que padeça de deficiência mental severa e incurável e que esteja em situação de absoluta penúria material. Poucos discutirão que ele também faz jus à proteção do mínimo existencial, em que pese não fazer muito sentido falar desta garantia como um pressuposto para o exercício da sua liberdade material ou do seu direito à participação política”. SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticojurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 1. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 553-586.

⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ideia de autonomia privada; a segunda, a saúde como pré-condição da democracia ligada a ideia de autonomia pública; e, por fim, a saúde como corolário lógico da dignidade da pessoa humana.

1.2. O direito à saúde na constituição de 1988

O direito à saúde foi um tema tratado de forma mais abrangente somente na Constituição de 1988. O texto da Constituição promulgada em 1934 (art.10, II), por exemplo, conferiu competência concorrente à União e aos estados federados para cuidar da saúde. Os demais textos constitucionais se limitaram a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica e sanitária.⁸⁵

A introdução da saúde no rol dos direitos sociais foi resultado da força dos movimentos populares no momento da redemocratização política, no fim dos anos oitenta do século passado. E por se tratar de uma inovação constitucional é importante que se compreenda o significado da afirmação do direito à saúde na Constituição de 1988.

Quando falamos em saúde, a primeira vista, parece ser bastante óbvio seu significado, pois relacionamos a saúde à ausência de doenças. Contudo, o termo “saúde” não deve ser entendido somente como um fenômeno biológico. O termo “saúde” também reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural de uma determinada sociedade. Razão pela qual, pode ser representada de diferentes formas para os indivíduos no mundo. Dependendo da época, do lugar, da classe social em que se encontra o indivíduo, de seus valores, suas concepções científicas, religiosas e filosóficas.⁸⁶

Na busca de uma definição jurídica do termo saúde, verifica-se não haver um consenso doutrinário, pois se trata de uma questão complexa. Entretanto, possui lugares comuns de onde partem esforços visando sua conceituação. Um deles é a aceção de saúde como ausência de doença, e isto se deve à descoberta dos germes causadores de doenças e,

⁸⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. **A construção do direito à saúde no Brasil**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.9, n.3, Fev.2009. p. 9-34.

⁸⁶ SCLIAR. Moacyr. **História do Conceito de Saúde**. Revista Saúde Coletiva. RJ, 17(1): 29-41. 2007.

consequentemente, o desenvolvimento de medicamentos e tratamentos, que ocorreu, sobretudo durante o período do século vinte, época de grande avanço da ciência.⁸⁷

Contudo, a ausência de doenças não pode ser o único fator considerado para se definir a ideia de saúde, pois, apesar de sua precisão conceitual muito útil, devido a sua clareza e objetividade, tal definição carece de amplitude e abrangência. Neste sentido, pela leitura dos princípios elencados no preâmbulo da constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 07 de Abril de 1948, podemos extrair três ideias básicas importantes na definição de saúde: (1) como um “estado de completo bem-estar físico, mental e social”; (2) como um bem coletivo⁸⁸; (3) como um “bem jurídico de desenvolvimento”, quando no preâmbulo se afirma que: a extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para a mais ampla realização da saúde.

A Constituição brasileira, inicialmente, insere a saúde no rol dos direitos sociais, que se encontram dispostos no capítulo II do Título II que abrange os Direitos e garantias fundamentais. O que significa que a saúde trata-se de um direito fundamental e social. Dispõe o artigo 6º que 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”.

Logo, assim como os demais direitos fundamentais, como os clássicos direitos de liberdades e políticos, os direitos sociais também estão sujeitos ao disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição de 1988, fazendo com que as normas relacionadas ao direito à saúde, à primeira vista, também tenham “aplicação imediata”. Sobre este tema, entretanto, a doutrina tem divergido sobre o real significado e alcance da norma contida no referido artigo. Por um lado, há diferentes concepções que sustentam que a norma em exame não pode atentar contra “natureza das coisas”, de modo que, parte dos direitos

⁸⁷ DALLARI. Sueli Gandolfi. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010. p.7.

⁸⁸ Conforme se vê nas três passagens do Preâmbulo: (1) A saúde de todos os povos é fundamental para se alcançar a paz e a segurança e depende da mais ampla “cooperação de indivíduos” e Estados; (2) Os resultados alcançados por qualquer Estado na promoção e proteção da saúde são valiosos “para todos”; e (3) A desigualdade dos diferentes países na promoção da saúde e no controle das doenças, especialmente as transmissíveis, constitui um “perigo comum”.

fundamentais só poderão alcançar sua eficácia nos termos e na medida da lei.⁸⁹ Por outro lado, no extremo oposto, há autores que sustentam que até mesmo as normas de índole nitidamente programática poderiam proporcionar, em razão da sua imediata aplicabilidade, o gozo do direito subjetivo individual, sem a necessidade de uma “interpositivo legislatoris”.⁹⁰

Nesta discussão, importa destacar o posicionamento mais moderado de Ingo W. Sarlet, o qual reconhece que mesmo os direitos fundamentais a prestações, por menor que seja sua densidade normativa, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo diretamente aplicáveis, como regra geral, haja vista que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. Contudo, destaca o autor, que o quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá de sua forma de posituação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto. Esclarece o autor que

(...) quando do exame da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e da sua multifuncionalidade e classificação, um direito fundamental abarca um *complexo diferenciado de posições jurídicas* e assume uma dupla função (ou dimensão) positiva e negativa, o que, como visto logo atrás, implica também (em que pese o elo comum da aplicabilidade imediata) uma *eficácia diferenciada*, pois o fato de se aplicar diretamente uma norma de direito fundamental, não leva necessariamente às mesmas consequências jurídicas, inclusive no que diz com uma maior ou menor consideração de uma atuação, ou não, do legislador infraconstitucional. Que a aplicabilidade imediata e uma norma de direito fundamental não implica que, na perspectiva subjetiva, cada direito fundamental, ainda mais quando se cuida

⁸⁹ Este posicionamento é representado por Manoel G. Ferreira Filho, o qual já afirmou que “não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta (..) somente pode ter aplicação imediata normas completas, suficientemente precisas na sua hipótese e o seu dispositivo, para que possam ter a plenitude da eficácia”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.279.

⁹⁰ Neste sentido, sobre a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, Eros R. Grau sustenta que “tais normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas”. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.p.325.

de direitos a prestações, se transforme em um direito a qualquer coisa ou um direito absoluto, no sentido de não submetido a limites e restrições (...)⁹¹

A despeito de adotar-se uma posição ou outra, na visão de Sarlet, a norma contida no §1º do art. 5º da Constituição de 1988, trata-se de norma de índole principiológica, como uma espécie de mandado de otimização/maximização, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Logo, o alcance do postulado da aplicabilidade imediata dependerá do exame da hipótese em concreto, ou seja, da norma de direito fundamental em questão.⁹²

Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre casos envolvendo o fornecimento de medicamentos a pessoas sem capacidade financeira de adquiri-los, tem se manifestado a favor do reconhecimento do direito à saúde como direito subjetivo público que, mesmo consubstanciado em norma de caráter programático (art. 196 da CF/88), em razão de sua essencialidade, legitima a atuação do Ministério Público e do poder Judiciário nas hipóteses em que os órgãos estatais deixem de concretizá-la através de uma omissão ou ineficiência estatal. Este posicionamento fica claro desde o precedente jurisprudencial constituído pelo Recurso Extraordinário nº 271.286/RS.⁹³

Continuando a descrição dos preceitos constitucionais que tratam do direito à saúde, verificamos que, no artigo 7º da Constituição existem dois incisos tratando da saúde: o inciso IV determina que o salário-mínimo deverá ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde; o inciso XXII impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Já em seu artigo 23, inciso II, a Constituição estabelece que “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) inciso II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. O artigo 24, inciso XII, dispõe que os referidos entes têm competência concorrente para legislar sobre a

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Item 3.2.

⁹² Idem.

⁹³ STF. Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/ RS, julgado em 12/09/2000, Relator: Min. Celso de Mello, publicado no DJ P 00052 em 24/11/2000.

defesa da saúde. Ressalte-se que os Municípios, por força do art. 30, inciso I, também podem legislar sobre a saúde, já que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde está, em grande parte, municipalizada.⁹⁴ Como todos os entes federativos são competentes de forma concorrente, é necessário que haja uma cooperação entre eles, em respeito ao “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”, princípio esculpido no parágrafo único do art. 23 de nossa Constituição.

E isto não significa que normas infraconstitucionais e mesmo infralegais não disponham sobre a separação das atribuições de cada ente federativo sobre o tema da saúde pública. Nosso Sistema Único de Saúde, organizado e sistematizado constitucionalmente, também prevê a distribuição destas competências. Logo, a atribuição de competência comum não objetiva a superposição entre as esferas de governo, como se todos possuíssem uma competência irrestrita para tratar de todas as questões legais e administrativas. Nas palavras de Barroso, “Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas”.⁹⁵

A finalidade da previsão constitucional sobre a competência comum, portanto, é a cooperação produtiva entre as diferentes esferas de governo. Ambas são chamadas para uma ação conjunta e permanente e para a responsabilidade diante de obrigações que cabem a todos. Não há um critério prévio para separar os papéis e da superioridade hierárquica. Contudo, se o critério de colaboração não vingar, há de se cogitar do critério da “preponderância de interesses”⁹⁶: Logo, mesmo que não haja hierarquia entre

⁹⁴ SCHWARTZ, Germano e BORTOLOTTI, Franciane Woutheres. **A dimensão prestacional do direito à saúde e controle judicial de políticas públicas sanitárias**. Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008.

⁹⁵ BARROSO. Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para sua judicialização**. Revista Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009 Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>>. Acesso em: 24 abr. 19.

⁹⁶ “Segundo este princípio, salvo hipóteses tradicionais de interesse local (exemplo: coleta de lixo), deve haver uma análise de cada caso para verificar qual interesse predomina: local, regional ou geral, para determinar se a competência é do município, do estado ou da união”. BARBOSA, Jeferson Ferreira. **Direito à saúde e solidariedade na constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 31-48.

os entes federativos, pode-se falar em uma hierarquia de interesses, em que “os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados)”.⁹⁷

O Título VIII da Constituição trata da ordem social, e é composto por 8 Capítulos. Dentre eles, as normas constitucionais que se referem ao direito à saúde se encontram nos artigos 196 a 200, os quais se inserem no Capítulo II que trata, de modo geral, da seguridade social. Portanto, o direito à saúde faz parte de um contexto maior, o da seguridade social que abrange tanto a saúde, como a Previdência e a Assistência Social, conforme disposto em seu artigo 194: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Analisando o artigo 196 da Constituição⁹⁸, verifica-se que “a saúde é um direito de todos”, ou seja, a saúde é um direito garantido a todos, independente de raça, sexo, religião, origem ou outras formas de discriminação, bem como um dever do Estado enquanto Poder Público, nas suas três esferas de competência federativa. Já a expressão “dever do Estado” aponta para a responsabilização de efetivação da saúde pública por parte de todos os entes federativos: União, Estados-federados, Distrito Federal e municípios, conforme a competência estabelecida pela própria Constituição. Há, porém, como já observamos, quem afirme que tal competência comum poderá ser relativizada, auferindo maior responsabilidade a qualquer dos entes federativos com base no critério da predominância do interesse.

O direito subjetivo às prestações estatais, contudo, em face de sua limitação quantitativa – os recursos humanos e materiais são limitados –, não pode ser concedido de forma ilimitada⁹⁹, ficando, na maioria das vezes, condicionado a ser concretizado “mediante políticas sociais e econômicas”. Para Dworkin o conceito de política (“policy”) é diferente do conceito de princípio, pois trata-se de um “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 840.

⁹⁸ 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”.

⁹⁹ Neste sentido, no julgamento da ADPF nº 45, o STF sugeriu algumas condições que justificassem o pedido de medicamentos ao Poder Público, dentre elas a “razoabilidade da pretensão em relação a disponibilidade financeira do Estado”.

alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.¹⁰⁰

Esta política vista como um programa de ação, não é uma norma nem um ato, mas sim, uma atividade, ou seja, um conjunto de normas e atos tendentes a realização de um objetivo determinado. Significa um conjunto encadeado de atos e ações do Poder Público visando a garantia do direito à saúde da população brasileira e a imposição aos órgãos do Estado a sua execução. Tal atividade constitui o cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal da economia.¹⁰¹

Tais políticas públicas buscam não apenas o tratamento de doenças, mas também, a redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como o acesso de todos, de modo universal e igualitário, através de ações e serviços que promovam, protejam e recuperem o desejado direito à saúde de todos. O significado da expressão *acesso universal e igualitário* significa que a saúde deverá alcançar da forma mais efetiva possível toda a população, sem discriminação, tanto para aqueles menos favorecidos financeiramente que se encontram nas classes mais baixas, como também no atendimento daqueles que se encontram nas outras classes sociais mais altas, com a ressalva de que na busca de uma sociedade mais justa, é admissível uma maior atenção por parte do Poder Público aos socialmente menos privilegiados.¹⁰²

O posicionamento que prevalece na doutrina brasileira reconhece que, dentre os limites contingenciais à concretização do comando normativo constitucional referente à saúde pública, sua caracterização como norma programática não pode ser impedimento de sua efetivação. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas sociais” (dentre elas as

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002. p.36.

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/364>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

¹⁰² PIOLA, Sérgio Francisco. **Saúde no Brasil: Algumas questões sobre o Sistema Único de Saúde (SUS)**. Brasília: CEPAL/IPEA, 2009. p.23-25; ver também SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.1931-1937.

políticas de saúde) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionais protegidos. As normas sobre direitos sociais denominadas programáticas definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Estas “normas-programas” prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. Elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem direito diretamente aplicável.¹⁰³

A Constituição significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. A Constituição jurídica é condicionada reciprocamente pela realidade político-social, atribuindo sua vigência a uma situação regulada que pretende ser concretizada na realidade. Além desta realidade entendida como as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, deve-se levar em conta ainda o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, ou seja, as concepções sociais concretas e seu baldrame axiológico. Neste sentido, afirma Hesse, citando Wilhelm Humboldt, que “somente a Constituição que se vincule a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se”¹⁰⁴.

A Constituição, portanto, tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe assim entre a norma e a realidade uma tensão permanente, de onde derivam as possibilidades e os limites do Direito Constitucional, como forma de atuação social”.¹⁰⁵ O direito é concebido como um fenômeno social, e, em decorrência, a ciência jurídica é assumida como ciência dos problemas reais, práticos, voltada para resultados concretos e não para sistematizações conceituais abstratas.

O caráter programático de algumas normas constitucionais, portanto, não pode servir de empecilho à aplicação de direitos sociais, sobretudo do

¹⁰³ KRELL. Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. item 3.

¹⁰⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. [orig. *Die normative Kraft der Verfassung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen].

¹⁰⁵ BARROSO. Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pág.1.

direito à saúde. Ao se analisar o direito do cidadão ao fornecimento de medicamentos de alto custo não se nega a dimensão de direito subjetivo à saúde, relacionado intimamente com o próprio direito à vida, além disso, a uma vida com dignidade. É bem verdade que cabe ao julgador a análise do caso concreto para formação e tomada de decisão, entretanto, no caso específico do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado, apenas circunstâncias e limites econômico-financeiros poderiam, em tese, sopesar a aplicação do direito social, desde que comprovados pelo Poder Público competente, e não a utilização de uma interpretação formalista da norma constitucional negando sua eficácia e aplicabilidade direta.

Mesmo se não respalda um dever direto, certo e imediato de agir do Estado, toda norma programática, veicula, quando menos, uma proibição de omissão, o que sempre lhe confere “justiciabilidade”, quando menos, para proibir que políticas públicas e direitos que materializam venham a retroceder.¹⁰⁶ Conforme precedente do STF, isso fica claro no voto do Ministro Celso de Mello ao decidir sobre a distribuição gratuita de medicamento a pessoa carente portadoras do vírus HIV/AIDS:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.¹⁰⁷

Ainda quanto ao disposto no art. 196 da Constituição, verificamos que para intervenção no processo saúde-doença, são estabelecidas três principais estratégias: (1) promover a saúde, (2) prevenir as doenças, acidentes e violências e seus fatores de risco, e (3) realizar o tratamento/reabilitação destas. Neste sentido, importa destacar que o modelo de atenção à saúde, centrado na assistência individual e curativa, com ênfase absoluta no atendimento hospitalar, não resolve o problema da saúde brasileira. Também é

¹⁰⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009. p.206-207.

¹⁰⁷ STF. Recurso Extraordinário nº 271.286-8 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/09/2000.

necessário aplicar outras medidas. Dentre elas, algumas já vêm sendo empregadas pelo Ministério da Saúde, como o Programa da Saúde da Família criado em 1992. Outro exemplo são as atividades desenvolvidas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), como nas campanhas contra o tabagismo.¹⁰⁸

Há quem afirma ser mais apropriado falar não de um direito à saúde, mas de um direito à proteção e promoção da saúde¹⁰⁹, isto porque, ao referir-se à “recuperação”, nossa Constituição de 1988 relaciona-se com a ideia de “saúde curativa”, que significa a garantia de acesso das pessoas aos meios que lhes possam trazer, senão a cura da doença, ao menos uma sensível melhora na qualidade de vida (como nas hipóteses de tratamentos contínuos).

Já as expressões “redução do risco de doenças” e “proteção” conectam-se com a noção de “saúde preventiva”, ou seja, a efetivação de medidas que objetivem evitar o surgimento da doença ou do dano à saúde, individual ou pública, especialmente pelo contágio, justificando a imposição de deveres de proteção, inclusive pela importante incidência dos princípios da precaução e prevenção também neste campo.

O termo “promoção” refere-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que busquem melhorar as condições de vida e de saúde dos indivíduos. Ideia também ligada ao dever de progressividade de efetivação do direito à saúde. A concepção adotada pelo constituinte, portanto, se alinha ao conceito de “completo bem-estar físico, mental e social” proposto pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Ainda que interpretada como uma espécie de ideal a alcançar, esta concepção destaca a necessidade de garantia do equilíbrio entre a pessoa e o meio que a circunda, bem como, nas palavras de Sarlet, “a cogente consideração de que o mínimo existencial não pode ser reduzido a um ‘mínimo vital’, que assegure apenas a mera sobrevivência física, mas, ao contrário, dever ser capaz de assegurar uma vida efetivamente saudável”.¹¹⁰

De toda a análise feita dos aspectos normativos do direito à saúde, conforme se encontra descrito no texto Constitucional, verifica-se que, tais

¹⁰⁸ BUSS, Paulo Marchiori. **Promoção da saúde da família**. Revista Brasileira de Saúde da Família. Brasília, v. 2, n. 6, p. 50-63, dez. 2002.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 4528.

¹¹⁰ Idem.

dispositivos devem se aplicar, de forma correlata, nos casos envolvendo a necessidade de se adquirir um medicamento de alto custo, por se tratar também de uma necessidade de saúde e, portanto, exigível perante o Poder Público. Isto porque, conforme disposto no artigo 6º da Lei nº 8.080/90¹¹¹, dentre as atribuições do Sistema Único de Saúde, se encontra a assistência terapêutica farmacêutica e o fornecimento de medicamentos excepcionais aos cidadãos que deles necessitem.

1.2.1 Diretrizes constitucionais do Sistema Único de Saúde: atendimento integral, participação da comunidade e descentralização

A dimensão objetiva do direito à saúde densifica-se pela institucionalização constitucional do Sistema Único de Saúde, o qual assume a condição de autêntica garantia institucional fundamental, sendo estabelecido e regulado pela própria Constituição, que define os princípios de sua estruturação e os objetivos a que deve atender. O Sistema Único de Saúde (SUS), visto como instituição pública, é sujeito à tutela constitucional protetiva e sua constitucionalização no sentido de garantia institucional fundamental também significa que a efetivação do direito à saúde deve-se dar-se em conformidade aos princípios e diretrizes pelos quais foi constitucionalmente instituído, estabelecidos principalmente pelos artigos 198 a 200 de nossa Carta Política.¹¹²

Do *caput* do artigo 198 da Constituição podemos extrair o “princípio da unidade” do SUS¹¹³, o qual buscou superar as distorções dos modelos anteriores à nossa Constituição de 1988, colocou fim à limitação da assistência à saúde voltada apenas aos trabalhadores possuidores de vínculo formal e segurados do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). O sistema de saúde passou a abranger e a se sujeitar também a uma única direção e,

¹¹¹ Art. 6º “Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I – a execução de ações: (...) d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;”

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.1931-1937.

¹¹³ “Art. 198. As ações e serviços públicos que integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade.”

consequentemente, a um só planejamento todas as ações e serviços de saúde, ainda que distribuído nos em seus diversos níveis: nacional, regional, estadual e municipal.

O artigo 198 enuncia expressamente três diretrizes para a organização do SUS: o atendimento integral, a participação da comunidade e a descentralização. A diretriz da integridade do atendimento do SUS determina que a cobertura oferecida pelo SUS deve ser a mais ampla possível, o que evidentemente não afasta a existência de alguns limites, sobretudo técnicos, como no caso dos medicamentos e tratamentos experimentais, ou mesmo no que diz com a imposição de um dever genérico de prestação que inclua qualquer tipo de tratamento reclamado pelos integrantes do corpo social, visto que, apenas para ilustrar uma possível hipótese, o “novo” nem sempre é sinônimo de “adequado” nem de “melhor”.¹¹⁴

A Lei nº 8.080/1990, também denominada Lei Orgânica da Saúde (LOS), na mesma linha da Constituição, expressa em seu art. 6º, inciso I, alínea “d”, que “no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS)” está incluída “a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”. A integralidade da assistência é “entendida como o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (art. 7º, inciso II, da LOS).

Segundo Germano Schwartz, o princípio do atendimento integral é também diretriz do SUS, “e significa que todas as ações e os serviços de saúde (promoção, proteção ou recuperação) são uma realidade uma e, portanto, inseparável, constituindo-se em um todo que atua de modo harmonioso e contínuo”.¹¹⁵ Neste sentido, segundo documento publicado pelo Ministério da Saúde, denominado “SUS – princípio e conquistas”, o princípio da integralidade é definido como “um dos mais preciosos em termos de demonstrar que a atenção à saúde deve levar em consideração as necessidades específicas de pessoas ou grupos de pessoas, ainda que minorias em relação ao total da

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 4548.

¹¹⁵ SCHWARTZ, Germano. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

população”¹¹⁶. Portanto, a referida diretriz significa uma atuação voltada para a proteção integral à saúde, seja de todos, seja de cada um individualmente considerado, do nascimento até a morte.

O atendimento integral à saúde, quanto à assistência farmacêutica, corresponde ao conjunto de medidas aptas a fornecer os medicamentos adequados, de modo rápido e eficaz, conforme a demanda e as especificidades de cada pessoa, grupo de indivíduos ou da própria coletividade. Deve-se englobar as atividades de seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle da qualidade e utilização – compreendida a prescrição e a dispensação – de medicamentos.

Já a diretriz da participação da comunidade no SUS diz respeito ao controle das ações e políticas públicas de saúde feito, direta ou indiretamente, pela sociedade. Ocorre através da participação dos representantes da sociedade civil junto às Conferências de Saúde, que têm competência para fazer proposições às políticas de saúde em cada nível da federação; nos Conselhos de Saúde, que atuam no planejamento e controle do SUS, inclusive quanto ao financiamento do sistema, bem como na viabilização de um canal para a participação popular, com análise de propostas e denúncias; e, ainda, no âmbito das agências reguladoras (ANVISA, ANS e CONAMA).

Quanto a descentralização nota-se que existe uma clara relação entre a estrutura constitucional do sistema de saúde com o princípio federativo de divisão em três níveis: nacional, estadual e municipal. A municipalização é a principal forma pela qual se densificam as diretrizes de descentralização e regionalização do SUS. Logo, a responsabilidade pelas ações e pelos serviços de saúde, aqui abrangido o fornecimento de bens materiais, cumpre precipuamente aos Municípios e aos Estados, em detrimento da União, que atua em caráter supletivo e subsidiário.¹¹⁷

Considerando a participação popular como essencial para a definição do direito à saúde, no interior de uma divisão federativa em três níveis de governo, a municipalização dos serviços básicos de saúde responde idealmente à

¹¹⁶ BRASIL. Ministério da saúde. Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000, p.44. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf>. Acesso em: 24 abr. 19.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 4547.

necessidade de garantia do direito à saúde. Este é o entendimento de Dallari, ao afirmar que “apenas a comunidade é capaz de definir a extensão do conceito de saúde e delimitar o alcance da liberdade e o da igualdade que, interagindo com seu nível de desenvolvimento, fundamentam seu direito à saúde”.¹¹⁸ Contudo, isso não significa a atomização dos serviços de saúde, pois o planejamento do sistema deve ser nacional, por meio de lei geral que fixe os objetivos comuns para as políticas públicas e ações executivas em saúde.

As decisões das políticas públicas em saúde, portanto, devem voltar-se para o interesse local, seja no planejamento nacional do sistema, seja no exercício das competências constitucionalmente asseguradas ao ente municipal. Isto abarca tanto as competências legislativas quanto aquelas de índole executiva, fazendo com que a descentralização junto a ideia de municipalização justifique, hermeneuticamente, a presunção em favor da responsabilidade municipal pela disponibilização das prestações materiais necessárias à efetivação do direito à saúde. O que leva, em certa medida, ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária (sucessiva) – e não solidária – pelo oferecimento destas prestações materiais em saúde, reconhecida a partir do âmbito municipal local em direção ao âmbito nacional da União.¹¹⁹

Quando tratamos do direito à saúde, não encontramos na Constituição de 1988, e tampouco na Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/90), qualquer dispositivo normativo que estabeleça a solidariedade entre os entes federativos no tocante à responsabilidade pelas prestações materiais relacionadas à saúde pública. O que encontramos é o estabelecimento de normas sobre a repartição constitucional das competências legislativas e executivas entre os entes federativos.

¹¹⁸ Apontando a necessidade de definição do direito à saúde a nível local a autora cita o seguinte exemplo: “somente uma comunidade situada pode definir que para serem saudáveis as pessoas não podem enfrentar problemas decorrentes do sistema de transportes. Ora, numa cidade de tamanho reduzido, sem área rural, ninguém terá seu bem-estar físico ou psíquico atingido pela quantidade ou qualidade do transporte. Entretanto, em uma grande metrópole, o tempo despendido e as condições em que as pessoas são transportadas de suas residências para o local de trabalho frequentemente dificultam o alcance do bem-estar físico e psíquico, quando não causam doenças. É, portanto, indispensável que a saúde seja conceituada em cada comunidade.” DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde**. Revista Saúde Pública, São Paulo, 22(1): 57-63, 1988.

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007. p.157.

A unidade do Sistema Único de Saúde visto como um subsistema de competências materiais é reforçada por dois mecanismos: (1) a concepção de que em cada esfera de governo haja um único órgão de direção sobre os serviços de saúde a si atribuídos – em obediência ao disposto no artigo 198, inciso I de nossa Constituição¹²⁰ –, de maneira que à unidade externa que integra os entes se acrescenta a unidade de comando no interior de cada um deles, garantindo a eficiência do sistema como um todo; (2) o financiamento do Sistema de Saúde tem sua arrecadação concentrada na União que, posteriormente, repassa as verbas públicas aos demais entes federados.¹²¹

A descentralização destina aos entes locais a execução das ações e serviços de saúde, porque melhor capacitados para avaliar as necessidades mais urgentes da população e, conseqüentemente, para desenvolver condutas preventivas e curativas mais eficazes. Ao unir os princípios da descentralização e da hierarquização, o SUS acabou por adotar o princípio da subsidiariedade, atribuindo à União apenas as ações e serviços que os estados-federados e depois os municípios, nesta ordem, não puderem executar de forma satisfatória, ou que estejam mais relacionados com questões de âmbito nacional ou regional.

1.3 Da “reserva do possível” (como limitação do direito à saúde a um mínimo existencial) à teoria dos custos dos direitos

A constatação de que os recursos financeiros do Estado não são infinitos chama nossa atenção para uma análise dos argumentos que fundamentam a tradicional diferenciação dos direitos fundamentais em positivos e negativos. Neste sentido, a posição que tem prevalecido na doutrina pátria tem sustentado que a análise dos deveres imbrincados no direito à saúde se dirige à delimitação das diferentes e possíveis dimensões dos direitos fundamentais: direitos de defesa e direitos a prestações.¹²² A dimensão defensiva busca garantir ao titular do direito a proteção contra ingerências e

¹²⁰ “Art. 198. As ações e serviços públicos que integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;”

¹²¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007. p.163.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 3, n. 12, out. 2001.

agressões que possam interferir ou ameaçar o exercício do direito, perpetradas pelo Estado, ou mesmo, por particulares. Já a dimensão prestacional trata da realização de uma atividade pelo destinatário, normalmente a Administração Pública, por meio da qual se torne viável a fruição do direito por quem o possua. Em sentido estrito, a dimensão prestacional consubstancia-se no fornecimento direto de serviços e bens materiais ao titular do direito fundamental.

Partindo da classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa (negativos) e direitos a prestações (positivos), Ingo W. Sarlet irá dizer que o direito à saúde, dependendo de sua função no caso concreto, pode ser reconduzido a ambas as categorias. De um lado, como direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular. De outro lado, como direito a prestações materiais, impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem atender as necessidades que dizem respeito à saúde da população, tais como: “atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde”.¹²³

É justamente por sua condição de direito a prestações materiais em face do Estado, que o direito à saúde tem destacada como relevante sua dimensão econômica, diferentemente de outros direitos fundamentais de primeira geração ligados aos direitos de liberdades e direitos de defesa em geral. Contudo, isto não significa que estes últimos (liberdade e defesa em geral) não exijam um conjunto de medidas positivas por parte do Estado.

Neste sentido, Clèmerson Merlin Clève já afirmou a ocorrência de uma “viragem paradigmática”, onde o Estado deixou de ser o único e grande violador dos direitos e liberdades dos indivíduos, passando, necessariamente, a ser um defensor dos direitos destes mesmos indivíduos contra si mesmos, levando a existência de direitos negativos com dimensões positivas e direitos positivos com dimensões negativas. Para o autor, o Estado “haverá de ter seu papel estabelecido para converter-se em aliado do cidadão (...) a violação do

¹²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 3, n. 12, out. 2001.

direito fundamental pode provir do Estado, é verdade, mas também da sociedade civil, do amigo, do patrão, do vizinho”.¹²⁴

Rogério Gesta Leal também reconhece que apesar de predominar, quanto aos direitos sociais, a exigência de prestações materiais por parte do Estado, é possível identificar direitos com natureza negativo-defensiva como, por exemplo, o direito à iniciativa privada, o direito de propriedade privada, que não carecem de conteúdo prestacional, mas que “demandam toda uma estrutura estatal de segurança pública que garanta a concretude destes direitos notadamente quando ameaçados”.¹²⁵

A constatação de que a realização e a proteção de direitos sempre envolverá custos, sobretudo financeiros, tanto dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais (de segunda geração) como dos direitos civis e políticos (de primeira geração), o que, no fundo, faz com que nenhum direito seja negativo, ou seja, que todos os direitos são positivos, diz respeito ao conteúdo desenvolvido na tese da teoria dos “custos dos direitos”, apresentado por Holmes e Sunstein¹²⁶ nos Estados Unidos, e também reconhecida por Abramovich e Courtis¹²⁷, na Argentina.

Ao prosseguirmos na análise da teoria dos custos dos direitos, a qual é essencial para o objetivo principal deste trabalho, por ser um critério a ser observado nas demandas judiciais por medicamentos de alto custo, é importante destacar o posicionamento de Flávio Galdino que, sustentando a necessidade de reconhecimento do problema dos “custos dos direitos” pela doutrina e jurisprudência pátria, propõe cinco modelos teóricos – ou fases de uma evolução dogmática ou conceitual¹²⁸– que irão observar critérios acerca da positividade dos direitos fundamentais e que (em sua última fase) irá superar o modelo teórico de verificação da limitação dos recursos, onde a

¹²⁴ CLÈVE, Emerson Merlin. “O problema da Legitimação do Poder Judiciário e das Decisões Judiciais do Estado Democrático de Direito”, Debates, nº 20: **A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1999. pp. 214-215.

¹²⁵ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficácias dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 43.

¹²⁶ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton & Co. 1999.

¹²⁷ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

¹²⁸ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 233.

efetividade dos direitos fundamentais sociais – de caráter prestacional como o direito à saúde – se sujeita à “reserva do possível” em detrimento de um “mínimo existencial” ou “vital”.

São cinco os modelos apresentados pelo autor: o modelo da indiferença, o modelo do reconhecimento, o modelo da utopia, o modelo da verificação da limitação dos recursos e, por fim, a superação dos modelos anteriores. No primeiro modelo (da indiferença), a natureza positiva da prestação estatal juntamente com o seu custo são totalmente desconsiderados pelo pensamento jurídico. Nesta fase, marcada por uma produção teórica (majoritariamente europeia) de viés jusnaturalista, e sob uma orientação política liberal¹²⁹, não há direitos fundamentais positivos, mas somente direitos de liberdade, imanentes ao homem, que deveriam ser declarados pelo Estado, o qual não poderia intervir no domínio econômico privado.

No segundo modelo teórico do reconhecimento, são reconhecidos institucionalmente os direitos fundamentais a prestações (direitos positivos), inseridos nas “novas” Constituições (primeiramente na Constituição Mexicana em 1917, e Alemã de Weimar em 1919) denominados direitos sociais, econômicos e culturais. Passou-se a reconhecer, portanto, a juridicidade de determinadas situações subjetivas na Constituição para com os cidadãos, contudo, não houve preocupação, a princípio, com a efetividade destes direitos em geral e, especificamente, com a força normativa de normas que atribuíam direitos fundamentais nas Constituições. Neste sentido, Barroso destaca que o debate acerca da força normativa da Constituição chegou no Brasil somente na década de 1980, em um país que padecia de “patologia crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional”.¹³⁰

¹²⁹ “A outra fonte histórica de justificação é a doutrina de origem jusnaturalista, transmitida depois à filosofia utilitarista do século XIX, que afirma a supremacia do indivíduo sobre o Estado e de que deriva a dupla afirmação de que o indivíduo tem alguns direitos originários e inalienáveis e que o Estado é uma associação criada pelos próprios indivíduos através do consenso comum (contrato social) para proteger seus direitos fundamentais e assegurar a sua livre e pacífica convivência”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 1. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 338.

¹³⁰ “Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 5ª Ed. 2015. p. 297.

No terceiro modelo teórico da utopia¹³¹ há uma equiparação dos direitos positivos com os direitos negativos, preservando a positividade dos direitos fundamentais sociais e econômicos, contudo, ainda desprezando o problema de seu custo. O país respirava (e ainda respira, em alguma medida) o normativismo de Hans Kelsen, sendo que o operador jurídico se preocupava tão somente em verificar a previsão normativa ou não do direito em questão, e sua extensão, chegando a soluções incompatíveis e incoerentes com a realidade concreta.

O quarto modelo teórico da verificação da limitação dos recursos (que prevalece atualmente na doutrina e jurisprudência brasileira), conforme aponta Galdino, trabalha com a tese de que a averiguação de que os recursos financeiros do Estado são limitados, fortalece muito mais a atenção na diferenciação entre os direitos fundamentais negativos – reconhecidos, normalmente, como direitos individuais e políticos (ou direitos de defesa, conforme Sarlet¹³²) – e direitos fundamentais positivos – referidos como direitos sociais, econômicos e culturais –, principalmente no que toca à sua eficácia. A realidade da escassez dos recursos no mundo traz luz sobre o, até então, hermenêutico mundo fechado do pensamento jurídico, fazendo com que o operador jurídico passe a levar em conta pelo menos as impossibilidades materiais das prestações públicas na satisfação de todas as necessidades de todos os indivíduos.

Tem prevalecido na doutrina brasileira, portanto, a tese de que os direitos sociais, diferentemente dos individuais e políticos, dependem de prestações positivas do Estado para sua implementação, enfrentando o problema da escassez de recursos públicos, sempre menores que as necessidades.¹³³ No que toca ao direito à saúde, Barcellos aponta que novas

¹³¹ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 239-242.

¹³² “Cumpra salientar, ainda, que estas categorias igualmente englobam as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, de acordo com parâmetros desenvolvidos especialmente na doutrina e na jurisprudência alemãs e recepcionadas pelo direito luso-espanhol, tais como os direitos de defesa (liberdade e igualdade), os direitos de cunho prestacional (incluindo os direitos sociais e políticos na sua dimensão positiva), bem como os direitos-garantia e as garantias institucionais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 24.

¹³³ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2ª. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.102.

prestações de saúde estão em constante desenvolvimento a custos cada vez maiores o que demonstra que “parece inviável conceber um sistema público de saúde que seja capaz de oferecer e custear, para todos os indivíduos, todas as prestações de saúde disponíveis”.¹³⁴

O argumento é construído a partir da ideia de que a regra positivada na Constituição, ao tutelar a prestação e os meios para sua consecução, atribuindo um direito subjetivo ao indivíduo ou coletividade, acaba por criar uma situação jurídica que se torna sindicável por este indivíduo, havendo, contudo, reservas materiais, ou seja, possibilidades econômicas e financeiras, como único limite à efetivação destes direitos. Neste sentido Barroso já afirmou que “direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica (...) Logo, somente poderá o juiz negar-lhe o cumprimento coercitivo no caso de impossibilidade material evidente e demonstrável”.¹³⁵ Esta reserva material que limita a efetivação dos direitos fundamentais em geral, e particularmente, os direitos sociais de cunho prestacional, vem sendo denominada pela doutrina de “reserva do possível”.

O limite da “reserva do possível”, advoga que a concretização dos direitos fundamentais sociais ficaria condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das respectivas entidades públicas para tal finalidade, isto porque, o orçamento autoriza a despesa pública, que se realiza de acordo com as leis orçamentárias. Parte, portanto, do pressuposto de que as prestações estatais estão sujeitas a limites materiais ingêntos, oriundos da escassez de recursos financeiros pelo Poder público, razão pela qual, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidade orçamentária para tanto.

Neste quadro, a reserva do possível, por um lado, trata da escassez dos recursos financeiros existentes, ou seja, da limitação à efetividade dos direitos sociais a prestações materiais diante da carência ou insuficiência de verbas públicas destinadas ao atendimento dessas prestações; de outro, traz a lume a

¹³⁴ BARCELLOS, Ana Paula. O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, Mínimo Existencial e o valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010. pp. 803-826.

¹³⁵ Ainda segundo Barroso “os limites econômicos derivam do fato de que certas prestações não de situar-se dentro da *reserva do possível*”. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p.107 e 111.

discussão acerca dos limites da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais a prestações materiais, sobretudo dos direitos originários a prestações, uma vez que as decisões alocativas, pela incidência do princípio da separação dos poderes, estão precipuamente afetas à esfera de competência do Legislativo.¹³⁶

Segundo Sarlet, a “reserva do possível” apresenta uma dimensão tríplice: (1) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; (2) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, relacionada a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, reclamando um equacionamento no contexto de nosso sistema constitucional federativo; e (3) envolve também o problema da proporcionalidade da prestação, sua exigibilidade e razoabilidade, na perspectiva do titular de um direito a prestações sociais.¹³⁷

Para Canotilho, a reserva do possível se insere no contexto maior em que se encontram os direitos sociais a prestações materiais, caracterizado pela gradualidade de realização, pela dependência financeira no que diz respeito ao Estado, pela tendencial liberdade de conformação do legislador no tocante às políticas para concretizá-los, e pela incapacidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos, a não ser quando claramente irrazoáveis ou contrários a normas constitucionais.¹³⁸

Importante destacar que a cláusula da “reserva do possível”, é uma ideia importada do direito comparado germânico, uma construção da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, sendo invocada em seis ocasiões naquele país, conforme aponta Reinhard Gaier.¹³⁹ Surgiu em 1972, na decisão

¹³⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde: Parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2007. p. 133-134.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, 02 jul. 2008.

¹³⁸ Segundo o autor português “a ‘reserva de cofres do Estado’ coloca problemas de financiamento mas não implica o ‘grau zero’ de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais sociais”. CANOTILHO, J. J. Gomes. “Metodologia fuzzy” e camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 108.

¹³⁹ As demais ocasiões em que o fundamento da reserva do possível foi utilizado na Alemanha, conforme Gaier, foram: (1) em 1990, quando o Tribunal Constitucional alemão invocou a reserva do possível para justificar a constitucionalidade da redução do auxílio-criança para pais com nível de renda elevado; (2) em 1992, quando o Tribunal decidiu sobre a possibilidade do tempo gasto na educação dos filhos ser considerado para efeito de cálculo da aposentadoria,

conhecida por “*numerus clausus*”, que tratava do direito a vagas em universidades públicas, onde o Tribunal entendeu que os direitos fundamentais a prestações positivas deveriam ser limitados aos casos em que o indivíduo poderia racionalmente exigí-los da sociedade.¹⁴⁰ O argumento foi de que, dentre as atribuições do legislador, caberia a ele observar também outros interesses da sociedade, sendo imprescindível preservar o equilíbrio econômico global, deixando, assim, de onerar exageradamente a comunidade com a instituição de despesas. A tese do acórdão dispôs que “uma pretensão subjetiva e ilimitada às custas da comunidade é incompatível com os princípios do Estado Social”.

Na jurisprudência do Tribunal Constituição Alemão, a reserva do possível, portanto, é o meio efetivo em que o legislador mantém uma margem de manobra de conformação política. Pode ser compreendida como restrições ou limitações a um “mínimo existencial” de direitos sociais fundamentais originários, considerando ser somente fora do âmbito de proteção desse mínimo que tais limites se justificam constitucionalmente enquanto não houver orçamento, ou políticas públicas que o compreenda, indicando democraticamente quais prestações sociais devem ser suportadas pela sociedade.¹⁴¹

Este “mínimo existencial”, como é normalmente referido pela doutrina pátria e alemã, ou “mínimos sociais”, termo acolhido na Lei 8.742/93¹⁴², ou

levando a um benefício previdenciário de maior valor; (3) em 1998, onde se discutiu sobre o reembolso das despesas pelos cuidados de crianças em jardins de infância se poderiam ser escalonadas de acordo com a renda familiar; (4) em 2001 quando tratou de uma contribuição obrigatória para a assistência decorrente de prestações que financiam idosos necessitados de cuidados especiais; e (5) em 2004, em uma decisão sobre a Lei de Indenização de Vítimas que regulamenta o apoio do Estado a vítimas de crimes violentos, oportunidade em que a reserva do possível foi vinculada à ideia da autocontenção judicial (*self-restraint*). GAIER, Reinhard. **Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível**. In: II SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA, 2011, Florianópolis. Disponível em: < <http://bit.ly/2uIDaoB> >. Acesso em: 18 jul. 2017. Organizado pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF). Versão impressa: II Seminário Internacional Brasil–Alemanha: Thompson Flores (português–alemão): 16 e 17 de junho de 2011, Florianópolis, Brasil/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Márcio Flávio Mafra Leal – Brasília: CJF, 2011. – (Série Cadernos CEJ: 27).

¹⁴⁰ ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 32/70 e 25/71. J. 18.07.1972. BVerfGE 33, 303. NJW 1972, 1561.

¹⁴¹ PERLINGEIRO, Ricardo. **É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, ano 1, v. 2, set./out. 2013. p. 184-185.

¹⁴² Lei nº 8.742/93. “Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um

“mínimo social”, conforme John Rawls, entre outros, ou ainda, “direitos constitucionais mínimos”, da doutrina americana, dizem respeito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.¹⁴³

Neste sentido, conforme aponta Barroso, a dignidade da pessoa humana, que se constitui um valor fundamental, é um princípio jurídico de status constitucional, operando como fonte direta de deveres e direitos (como por exemplo, a proibição da tortura) e assumindo um papel interpretativo, onde informa o sentido e alcance dos direitos constitucionais. Entretanto, para sua operacionalização jurídica, é necessário a atribuição de um conteúdo mínimo, dando-lhe unidade e objetividade à sua aplicação. Este conteúdo mínimo contém um valor intrínseco de todo os seres humanos – que decorre de um postulado antiutilitarista e antiautoritário –, um valor comunitário – que remete aos valores compartilhados pela comunidade, levando-se em conta a relação do indivíduo com o grupo social – e autônomo, ligado à capacidade de autodeterminação de cada indivíduo.¹⁴⁴

Esta autonomia, necessariamente, possui como pressuposto um mínimo existencial, que corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais. Seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. Este mínimo existencial (ou mínimo vital como é chamado por alguns) é visto como o dever do Estado, caudatariamente ao princípio da dignidade humana, em garantir um “standard” social mínimo incondicional a qualquer indivíduo.¹⁴⁵

Segundo Torres, apesar da inexistência de um conteúdo específico, o mínimo existencial pode abranger qualquer direito, considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é passível de mensuração por se relacionar mais a aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil

conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.”

¹⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.266.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁴⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 70.

extremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade, princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Confunde-se com a própria questão da pobreza, a qual poderá ser absoluta – obrigatoriamente combatida pelo Estado –, ou relativa – ligada a causas de produção econômica ou de redistribuição de bens, que será minorada de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias.¹⁴⁶

A ideia de um conteúdo essencial dos direitos sociais normalmente remete ao conceito de “mínimo existencial”. Entretanto, este “mínimo” pode ser usado em sentidos diversos, podendo significar: (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais, ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito do direitos sociais, é justiciável (exigível em juízo)¹⁴⁷, ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo conteúdo essencial, isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social.

Com efeito, o conteúdo essencial de um direito social está intimamente ligado, a partir de uma teoria relativa¹⁴⁸, a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito, ou seja, tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser

¹⁴⁶ TORRES. Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Rev. Direito Administrativo. RJ, 177:29-49. Jul/Set 1989.

¹⁴⁷ O termo justiciável ou “justiciabilidade seria espécie de que a exigibilidade é gênero. Ao passo que a exigibilidade de um direito, mormente um direito social, pode dar-se contra inúmeras instâncias (públicas de todas as esferas e mesmo privadas) pelas mais distintas formas, a justiciabilidade caracteriza-se como forma específica de exigibilidade em juízo. Uma vez que admitimos que é essencial à fundamentalidade dos direitos a possibilidade de que sua lesão seja conhecida pelos tribunais, então necessariamente fazemos referência à sua justiciabilidade”. LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Uma avaliação crítica do tripé de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva**. Brasília a. 46 n. 182 abr./jun. 2009.

¹⁴⁸ Virgílio Afonso da Silva destaca duas teorias que informam maneiras diferentes de se determinar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a teoria absoluta e a teoria relativa. A primeira defende que “cada direito fundamental tem um conteúdo essencial absoluto, significando que no âmbito de proteção do direito em questão deve existir um núcleo, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possa haver em sua restrição”. Por outro lado, as teorias relativas sustentam que “a definição do que é essencial depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Consequentemente, o conteúdo essencial de um direito não será sempre o mesmo e irá variar de situação para situação, dependendo das circunstâncias e dos direitos em jogo em cada caso”. SILVA. Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 20.

realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. Recursos a conceitos como “mínimo existencial” ou a “reserva do possível” só fazem sentido diante desse arcabouço teórico, onde o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível.¹⁴⁹

A despeito de se endossar uma fundamentação do mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, há que se encarar com certa reserva a distinção entre um mínimo existencial fisiológico e um mínimo sociocultural, isto porque, uma eventual limitação do núcleo essencial do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, no sentido de uma garantia apenas das condições materiais mínimas que impedem seja colocada em risco a própria sobrevivência do indivíduo, poderá servir de pretexto para a redução do mínimo existencial precisamente a um mínimo meramente “vital”. Com efeito, os próprios direitos sociais específicos acabaram por englobar algumas das dimensões do mínimo existencial, embora não devam ser reduzidos simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial.

A previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial, notadamente para alguns efeitos específicos. Mesmo não tendo um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade da pessoa humana ou, de modo geral, a um mínimo existencial, os direitos fundamentais em geral e os direitos sociais em particular nem por isso deixam de ter um núcleo essencial, o qual, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos e que, especialmente em se tratando de direitos sociais de cunho prestacional (positivo) este conteúdo essencial possa ser compreendido como constituindo justamente a garantia do mínimo existencial.¹⁵⁰

Segundo Canotilho, a doutrina do núcleo essencial foi desenvolvida tendo em vista o regime de proteção de direitos, liberdades e garantias, e a

¹⁴⁹ SILVA. Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 27.

¹⁵⁰ SARLET. Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, 02 jul. 2008.

questão é saber se ela deve ser estendida aos direitos sociais, econômicos e culturais. O autor indica como pontos de partida para resposta a esta indagação a compreensão dos chamados “níveis essenciais de desempenho”, consagrado no art. 117º/2 da Constituição Italiana sob a formulação: (1) o nível essencial de uma prestação, referente a um direito social, consubstancia um autêntico direito individual irrestingível fundado nas normas da constituição; (2) a constitucionalização de um direito essencial de prestação constitui uma heterodeterminação constitucional à autonomia normativa e administrativa de todos os níveis de governo, começando no governo central e acabando nos governos regionais e locais; e (3) o nível essencial de prestações condiciona as políticas econômicas e financeiras.

Para o constitucionalista português, diante da incontornável pressão dos custos dos serviços de saúde e conseqüentes políticas de racionalização, a metodologia mais segura para a garantia dos direitos não é a da subsunção positivista-constitucional, mas a de recortar o núcleo duro da subjectivização dos direitos sociais.¹⁵¹

A efetivação passa pelo recurso aos esquemas tradicionais de legislação e regulamentação porque se considera indispensável uma lei e um regulamento de execução. A efetividade de regulação dos “níveis essenciais de desempenho” assenta na individualização das dimensões básicas. No caso do direito à saúde, por exemplo: (I) macroárea de intervenção – assistência sanitária; (II) prestação – tomografia axial computadorizada; (III) descrição sintética – utilização de aparelho de alta precisão no diagnóstico tumoral; (IV) destinatários – pessoas a quem é passada uma prescrição médica expressa para o caso; (V) indicadores – tempo que ocorre entre a prestação e a efetivação da prestação; (VI) valor objetivo – até ao fim de 2018 (x dias).¹⁵²

Tem prevalecido na doutrina pátria a tese de que, não obstante o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, há um núcleo mínimo em cada direito social, estabelecido “in concreto”, segundo as características do próprio direito e em atenção à preservação da dignidade humana, que não pode jamais ser ultrapassado, sob pena de negação do próprio direito, dos

¹⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-28.

¹⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010. p. 26-28.

demais direitos fundamentais (pela ausência de condições de exercício da liberdade) e da dignidade da pessoa que o titolare. Trata-se de um limite mínimo absoluto, que necessariamente deve ser assegurado pelo Estado, a despeito, inclusive de eventuais questões orçamentárias – conclusão que assinala, ademais, a proximidade concreta que muitas vezes se verifica entre as garantias de conteúdo essencial e “mínimo existencial”.¹⁵³

Contudo, o problema na defesa da tese quanto a diferenciação de um núcleo essencial denominado “mínimo existencial” sempre exigível, é saber qual o ponto limite que define o que seja exigível incondicionalmente de um direito ou não. O “mínimo existencial” é o mesmo em Brasília, em São Paulo e no interior do Nordeste? Se a resposta for positiva, então a escassez de recursos pode não estar sendo considerada. Se a resposta for negativa, então parecerá que foi incluída uma “condição” que afasta a exigibilidade “incondicional”.

A terminologia empregada para a exigibilidade dos direitos induz a uma aplicação binária, exigível/não exigível, ao passo que a noção de mínimo existencial inclui enorme gradação, não existindo divisões nítidas. Logo, se não há divisão nítida, não há como saber se a prestação é exigível incondicionalmente ou não. A exigibilidade não decorre apenas de características ônticas da necessidade, mas também da excepcionalidade da situação concreta. Um cataclismo natural ou social, por exemplo, pode tornar momentaneamente inexigível algo que pouco instantes o era.¹⁵⁴

Reconhecer a eficácia jurídica dos comandos constitucionais sobre o direito à saúde é admitir que um conjunto de prestações de saúde são exigíveis perante o Poder Judiciário e que os Poderes constituídos têm o dever de colocar a disposição das pessoas tais prestações, entretanto, a dificuldade é saber quais prestações de saúde devem ser oferecidas aos indivíduos pelo Poder Público. “A que prestações de saúde os indivíduos têm direito, ao menos nesse momento histórico, e portanto, podem exigir?”¹⁵⁵.

¹⁵³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde: Parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2007. p. 200-201.

¹⁵⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001. p.213-216.

¹⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula. **O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, Mínimo Existencial e o valor das Abordagens Coletiva e Abstrata**. In NETO, Cláudio Pereira de

Acreditamos que a definição de seu conteúdo mínimo não pode ser feita pelo judiciário de forma irresponsável e “apressada”, baseada somente na retórica de uma teoria principiológica, sem se levar em conta o problema dos custos dos direitos e a escassez moderada de recursos – que varia conforme as circunstâncias da realidade concreta em que vivemos –, ainda mais, no interior de um processo judicial estruturado para tratar da microjustiça e não da macrojustiça, que, muitas das vezes, acaba por atender somente uma parcela da população que tem, efetivamente, acesso ao sistema judiciário – parcela esta que, normalmente, não se inclui os socialmente menos favorecidos.

Também reconhecemos o papel da reserva do possível, como um limite fático inerente a cada direito fundamental, dentro da margem de discricionariedade do legislador. Contudo, assim como defende Fernando Scaff, não podemos vê-la como uma “desculpa” utilizada pela Administração Pública “para esconder recursos públicos visando a não cumprir as determinações judiciais e não implementar os direitos fundamentais sociais”.¹⁵⁶ Devemos considerar que a expressão “reserva do possível” pode se desdobrar em diferentes possibilidades. No âmbito financeiro (“reserva do financeiramente possível”), por exemplo, ela significa uma limitação fática, concreta, de recursos financeiros (de dinheiro) à realização de um direito ou necessidade.

Já, partindo da ideia de escassez, podemos identificar uma “reserva do tecnicamente possível”, traduzida na impossibilidade concreta de sua realização em razão da falta de tecnologia ou de escala industrial – como, por exemplo, no caso da escassez do medicamento “fosfoetanolamina sintética”, utilizado no combate ao câncer, que foi produzido em caráter experimental pela Universidade de São Paulo, o qual ainda não havia sido liberado para produção por falta de autorização e registro da ANVISA¹⁵⁷.

Souza; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 803-826.

¹⁵⁶ SCAFF, Fernando Facury e NUNES, Antônio José Avelãs. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.97.

¹⁵⁷ Segundo Scaff “O caso chegou ao STF (Pet. 5.828) e foi relatado pelo ministro Edson Fachin, que suspendeu os efeitos da decisão do TJ-SP e liberou de imediato seu fornecimento. A partir daí centenas de outras ações semelhantes foram propostas, mas a escassez permaneceu, pois não havia medicamento produzido em escala suficiente para todos — além das questões sanitárias envolvidas. Trata-se de um caso de escassez, ou de reserva do *tecnicamente* possível. As liminares não puderam ser cumpridas de imediato em toda a sua extensão, pois somente muito tempo após é que se normalizou a produção de modo a atender

Quando tratamos do direito ao fornecimento de medicamento de alto custo, verificamos que tal “impossibilidade técnica” é somada à característica típica dos direitos ditos sociais que é a “progressividade” na sua concretização. E como o desenvolvimento científico e tecnológico da medicina sempre avança, diante da escassez moderada de recursos públicos disponíveis, nunca irá existir recursos suficientes para implementar completamente o direito à saúde de modo a satisfazer plenamente todas as necessidades de toda a população.

Como vimos, a interpretação feita da cláusula da “reserva do possível”, pela maioria da doutrina e pela Jurisprudência brasileira – que permanece no “modelo teórico da verificação da limitação dos recursos” – é no sentido de considerá-la somente como um limite às prestações estatais positivas, não afetando diretamente o mínimo existencial dos direitos sociais fundamentais sob a aplicação da regra da proporcionalidade no caso concreto. Os direitos de liberdade, por serem qualificados como negativos ou por demandarem somente prestações não-fáticas, na prática, poderiam ser efetivados sem a necessidade de observar as reservas orçamentárias deixando o problema dos custos dos direitos para um segundo plano.

1.3.1 O custo dos direitos como superação do modelo teórico da verificação da limitação dos recursos

A teoria dos custos dos direitos partiu de um novo modelo de pensamento aprofundado na obra de Holmes e Sunstein, “The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes”¹⁵⁸, na qual se reconheceu que todos os direitos – mesmo aqueles clássicos ligados à ideia de liberdade – são positivos, logo, demandam prestações públicas estatais para sua concretização.

Se por um lado, os direitos vistos sob uma perspectiva moral (jusnaturalista) seriam aspirações que vinculam a consciência, impondo deveres morais universalmente aplicáveis e não obrigações em razão da lei,

àquilo que foi buscado e judicialmente deferido.” SCAFF, Fernando Facury. **Você não sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas.** Matéria publicada na página do site [conjur.com.br](https://www.conjur.com.br) dia 23/01/2018, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/contas-vista-vivemos-entre-reserva-possivel-escolhas-tragicas>>. Acesso em: 07/08/2018.

¹⁵⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes.** W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

por outro lado, os direitos descritivamente analisados¹⁵⁹, no seu sentido jurídico, teriam “dentes”¹⁶⁰, ou seja, seriam poderes concedidos pela comunidade política, que, como qualquer outro poder, poderiam ser utilizados tanto para o bem como para o mal. Daí surge a necessidade de sua restrição e proteção, como por exemplo a liberdade de expressão, que, se mal utilizada, pode colocar em risco até mesmo a segurança pública. A crítica feita aos teóricos morais se deve, porque, normalmente, deixam de considerar que os direitos têm custos e que os recursos são finitos, escassos, deixando de lado a questão da justiça distributiva.

Um exemplo utilizado pelos autores é o direito (subjeto) de propriedade (privada) – que só existe porque sua posse e uso são criados e regulamentados por lei – que é um direito positivo porque é mantido todos os dias pela ação do Estado de forma positiva, através do trabalho, tanto preventivo quanto repressivo, de policiais e bombeiros para sua defesa e conservação, bem como por todo o aparato e estrutura do sistema de justiça para sua garantia.

Se os detentores do poder da polícia não estiverem do seu lado, você não conseguirá “garantir seu direito” de entrar em sua própria casa e fazer uso de seu conteúdo. Os direitos de propriedade só são significativos se as autoridades públicas usarem a coerção para excluir os não-proprietários, que, na ausência de lei, podem muito bem invadir propriedades que os proprietários desejam manter como um santuário inviolável.¹⁶¹

Todas estas ações são financiadas com as receitas públicas, com os recursos oriundos da tributação paga pelo bolso dos contribuintes. Na visão de Sunstein e Holmes, a propriedade, vista como um típico direito de liberdade, é

¹⁵⁹ A perspectiva descritiva se preocupa com modo de operação do direito subjeto no ordenamento jurídico, como os sistemas legais realmente funcionam, e não com o fundamento de validade moral do direito, sua justificação, relacionada a uma perspectiva moral. Trata-se de uma investigação empírica sobre os tipos de interesses que uma determinada sociedade politicamente organizada realmente protege. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p.16.

¹⁶⁰ “Rights in the legal sense have “teeth.” They are therefore anything but harmless or innocent. Under American law, rights are powers granted by the political community. And like the *wie1der* of any other power, an individual who exercises his or her rights may be tempted to use them badly”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p.17.

¹⁶¹ “If the wielders of the police power are not your side, you will not successfully “assert your right” to enter your own home and make use of its contents. Property rights are meaningful only if public authorities use coercion to exclude nonowners, who, in the absence of law, might well trespass on property that owners wish to maintain as an inviolable sanctuary.” HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p.59.

de caráter positivo, e não está ligada a uma abstenção do Poder Público, como comumente é afirmado. A afirmação de que um governo liberal deve se abster de violar direitos, de “respeitá-los”, é, no fundo, uma falácia porque reduz o papel do governo ao de um observador não participante. Um sistema legal liberal não apenas protege e defende a propriedade, mas, a define e cria.¹⁶² Esta assertiva é, de certa forma, reproduzida no Brasil, por Ricardo Lobo Torres quando afirma que as obrigações tributárias não preexistem à Constituição, mas nascem com e através dela, e que “os tributos são o preço da liberdade, no sentido de que se constituem no espaço aberto pelos direitos fundamentais e visam a sua garantia”¹⁶³.

Uma vez que o Estado é imprescindível à criação e efetivação dos direitos (no sentido de direitos subjetivos), e tendo em vista que o Poder Público apenas funciona em virtude das contingências de recursos econômico-financeiros apreendidas junto aos indivíduos singularmente considerados, conclui-se que os direitos apenas existirão onde houver fluxo orçamentário que o permita. A liberdade pessoal, como os americanos valorizam e experimentam, pressupõe a cooperação social administrada por funcionários do governo. O “reino privado” que tão prestigiado pelos americanos é sustentado, e mesmo criado pela ação pública. Até mesmo o cidadão mais “auto-suficiente” não pode cuidar de seu bem-estar material autonomamente, sem o apoio de todos os cidadãos ou funcionários públicos.¹⁶⁴

¹⁶² “A liberal government must refrain from violating rights. It must “respect” rights. But this way of speaking is misleading because it reduces the government’s role to that of a no participant observer. A liberal legal system does not merely protect and defend property.” HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p.60.

¹⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. I – Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.312. Ainda segundo Torres, na pág. 547 da referida obra: “O princípio do Estado Fiscal sinaliza no sentido de que o Estado Democrático de Direito vive de tributos que constituem o preço da liberdade, são cobrados de acordo com os princípios de justiça e de segurança e se distribuem segundo as escolhas orçamentárias ...”

¹⁶⁴ “Personal liberty, as Americans value and experience it, presupposes social cooperation managed by government officials. The private realm we rightly prize is sustained, indeed created, by public action. Not even the most self-reliant citizen is asked to look after his or her material welfare autonomously, without any support from fellow citizens or public officials”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p. 14.

Aliados a um pensamento republicanista¹⁶⁵, Sunstein e Holmes, desconhecem direitos criados antes da formação política. Para eles a esfera privada é produto de decisões públicas, que muitas vezes justificam a existência de setores de reconhecimento da autonomia privada, mas não de direitos naturais ou pré-políticos.¹⁶⁶ Logo, a intervenção estatal na esfera privada não é uma exceção, mas sim, uma precondição de funcionamento dos mercados denominados “livres e privados”. Segundo os autores, um estado capaz de reprimir de maneira confiável a força e a fraude e fazer valer os direitos de propriedade é uma conquista cooperativa de primeira magnitude, e o mundo infelizmente está repleto de exemplos negativos. Mas se os direitos privados dependem essencialmente de recursos públicos, não pode haver oposição fundamental entre “governo” e “livre mercado”, nenhuma contradição entre cooperação social politicamente orquestrada e liberdade individual.¹⁶⁷

A teoria dos custos dos direitos defende, portanto, uma mudança no conceito de direito subjetivo, seja ele de caráter negativo (liberdades individuais e políticas) ou positivo (direitos sociais e econômicos) conforme a distinção feita pela maioria da doutrina, por inserir a perspectiva dos custos. Sob esta perspectiva todos os direitos, descritivamente analisados, são positivos. Logo, o contraste convencional entre direitos de segunda geração – vistos como aspirações ou ideias a serem sempre perseguidos, portanto ilimitados – e os direitos de primeira geração – relacionados às liberdades clássicas voltados a não intervenção do governo, portanto, limitados – não se sustenta. “Nossa liberdade em relação à interferência do governo não é menos dependente do orçamento do que o nosso direito à assistência pública”.¹⁶⁸

¹⁶⁵ O “liberal republicanismo” é caracterizado por compromissos com quatro princípios centrais: (1) O primeiro princípio é a deliberação na política, possibilitada pelo que é às vezes descrito como “virtude cívica”; (2) O segundo princípio é a igualdade dos atores políticos, incorporada em um desejo de eliminar disparidades acentuadas na participação política ou influência entre indivíduos ou grupos sociais; (3) O terceiro princípio é o universalismo, exemplificado pela noção de um bem comum que se torna possível pela “razão prática”; e (4) O quarto e último princípio é a cidadania, manifestando-se em direitos de participação amplamente garantidos. SUNSTEIN, Cass R. **Beyond the Republican Revival**. Yale Law Journal 97: 1539-1590 (1988). Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12192&context=journal_articles>. Acessado em: 04/10/2018.

¹⁶⁶ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.261.

¹⁶⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p. 64.

¹⁶⁸ “Our freedom from government interference is no less budget-dependent than our entitlement to public assistance. Both freedoms must be interpreted. Both are implemented by

Na visão dos autores, todos os direitos são ilimitados, são aspirações, pela simples fato de que todos os direitos têm custos e, portanto, nunca poderão ser perfeitamente ou completamente protegidos. Não obstante, os argumentos filosóficos demonstrarem que as garantias mínimas (mínimo vital ou existencial) merecem ser classificadas como interesses humanos básicos – visto que uma pessoa não pode levar uma vida decente sem determinados níveis mínimos de alimentação, abrigo e assistência médica –, nenhum único direito que seja considerado importante pode ser concretizado com segurança se o tesouro público estiver vazio. Todos os direitos são protegidos até certo ponto, e esse grau de proteção dependerá em grande parte das decisões orçamentárias sobre como alocar os recursos públicos escassos. “Se os direitos têm custos, goste ou não, a política é um trunfo”.¹⁶⁹

Através deste “conceito pragmático de direito subjetivo”,¹⁷⁰ verificamos que os direitos não podem ser considerados absolutos. “Nada que custe dinheiro pode ser absoluto”¹⁷¹. Não há como definir um direito, de forma descritiva, abstraindo da realidade concreta, isto é, do contexto em que vivemos. Julgamentos sobre questões de valor, fato e dano mudam com o tempo e lugar. O significado da liberdade de expressão “na jurisprudência constitucional americana contemporânea não é o que significava a cinquenta ou cem anos atrás”.¹⁷²

Para Sunstein e Holmes, tendo em vista esta realidade instável, contextual, não devemos reputar os direitos (“rights”) como uma situação ideal de caráter absoluto. É mais realista e mais produtivo definir os direitos como poderes individuais, derivados da filiação a uma comunidade política, de invocar os seletivos investimentos dos recursos coletivos escassos desta

public officials who, drawing on the public purse, have a good deal of discretion in construing and protecting them”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p. 119.

¹⁶⁹ “if rights have cost then, like it or not, politics is trumps”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p. 121.

¹⁷⁰ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 267.

¹⁷¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p. 97.

¹⁷² What freedom of speech means in contemporary American constitutional jurisprudence is not what it meant fifty or one hundred years ago”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p.123.

mesma comunidade. As circunstâncias cronológicas e espaciais somadas aos condicionamentos econômicos e financeiros é que irão definir quais são as prioridades desta comunidade, e, conseqüentemente, qual o conteúdo do direito.

Um exemplo desta afirmativa, no campo da saúde, pode ser encontrado em “o caso da assistência médica” apresentado por Michel Walzer¹⁷³, onde destaca como o direito (social) a assistência médica mudou na Europa conforme o tempo. Enquanto na Idade Média a “curación de almas” (assistência religiosa) era pública, e a de corpos (feita pelos médicos), era privada. Hoje, a situação se inverteu. Naquela sociedade, considerando tanto o grau de desenvolvimento do conhecimento científico, da visão de mundo e fé das pessoas, bem como da situação fática da escassez de recursos públicos (circunstância sempre presente nas sociedades) os indivíduos preferiam escolher a prestação religiosa em face da médica.

Por fim, vale destacar que a ideia de que alguns direitos nada custam, ou são gratuitos (porque de cunho negativo não exigem prestações materiais do Estado) é equivocada, porque acaba gerando irresponsabilidades. Ao se reconhecer que todos os direitos têm custos, e que os recursos são oriundos da captação feita na coletividade (financiados pelos indivíduos), independentemente de sua classificação como de liberdade ou sociais e econômicos, constatamos que os recursos públicos não são suficientes para cumprir (totalmente) todos os ideais sociais, sendo necessário fazer escolhas alocativas e, até mesmo, trágicas. E isto leva ao reconhecimento de que os direitos devem ser exercitados com responsabilidade.¹⁷⁴

¹⁷³ Segundo Walzer “La famosa afirmación de Descartes según la cual la ‘preservación de la salud’ es el ‘principal de todos los bienes’ puede ser considerada como el símbolo de este cambio (...) Posteriormente, conforme cedía la eternidade em la consciência popular, la longevidade pasó a ocupar el lugar central”. WALZER, Michael. **Las esferas de la justicia: una defensa al pluralismo y la igualdad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 97.

¹⁷⁴ “De fato, o custo dos direitos nos permite entrar no debate a cerca dos direitos/responsabilidades por uma porta lateral. Os direitos de propriedade têm custos porque, para protegê-los, o governo deve contratar policiais. A responsabilidade está envolvida aqui, primeiro, no encaminhamento honesto do dinheiro dos contribuintes para os salários dos policiais. Segundo, quando a um custo considerável, o governo treina policiais para respeitar os direitos dos suspeitos. E a responsabilidade chega pela terceira vez quando o governo, novamente às custas dos contribuintes, monitora o comportamento dos policiais e disciplina os abusos para impedir que os policiais infringam os direitos civis e liberdades civis, por exemplo, invadindo as casas das pessoas, fabricando provas e espancando suspeitos. A atenção ao custo dos direitos, em outras palavras, aumente nossa compreensão da relação de mútuo

Ter responsabilidade nas escolhas alocativas e no uso dos recursos públicos é também reconhecer que, não somente os direitos sociais e econômicos são positivos por dispenderem recursos financeiros (orçamentários) e necessitarem de prestações materiais – como defendido pelo modelo teórico tradicional –, mas também os clássicos direitos de liberdade, os quais não são absolutos, estando, portanto, também sujeitos, assim como os demais, às escolhas trágicas. Isso impede que se faça uso ou manipulação ideológica da diferenciação direitos positivos/direitos negativos. Conforme destaca Villey “Sob a aparência de proporcionar a ‘todos’ satisfações infinitas, o sistema gira em benefício do ‘alguns’. É difícil conceder algum direito subjetivo a uns, se não for em detrimento dos outros”.¹⁷⁵

O Poder Judiciário ao obrigar o Estado a conceder medicamentos de alto custo, incondicionalmente, recorrendo a uma retórica da teoria dos princípios, a conceitos e argumentos exclusivamente jurídicos e abstratos (indeterminados) – como o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana e a reserva do possível – sem levar em consideração, efetivamente, outras questões de cunho financeiro e orçamentário (custos dos direitos) pode estar criando problemas diversos. Um deles é quando a autoridade pública se exime da obrigação de implementar a política pública de saúde e executar as opções constitucionais sob o pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre a matéria, ou alegando não existirem recursos suficientes para tanto em razão do gasto dispendido no cumprimento de tais decisões.

Os custos não devem ser vistos somente como óbices à concretização dos direitos fundamentais, mas também como pressupostos à sua existência. Não é a exaustão da capacidade orçamentária que, necessariamente, frustrará a efetivação destes direitos, mas sim a escolha política em deixar mais protegido parte de determinado direito em detrimento de outro. Daí a responsabilidade no estabelecimento e observância dos critérios de alocação dos recursos públicos, estabelecidos pelo Poder Público para o atendimento às

apoio entre direitos e responsabilidades”. SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999. p.146.

¹⁷⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definição e fins do direito: os meios do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.155.

demandas por prestações, mesmo que essenciais.¹⁷⁶ É possível acabar com o analfabetismo ou erradicar as doenças endêmicas, mas é preciso decidir onde se deve gastar, pois no âmbito orçamentário, há uma decisão política que prioriza sua realização.¹⁷⁷ O conceito de escolhas públicas é eminentemente político e parte das opções políticas que são possíveis de serem realizadas com os recursos existentes.

CAPÍTULO 2. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E AS ESCOLHAS TRÁGICAS

Nas últimas décadas, a nível global, tem-se observado uma acentuada transferência de poder de instituições representativas, como o poder legislativo e o executivo, para tribunais. Tendência que tem se manifestado através do fenômeno denominado “judicialização da política” o qual se refere ao “recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”.¹⁷⁸

Segundo Tate e Vallinder a “Judicialization of Politics” se desenvolve de duas formas, não necessariamente em conjunto: uma, pelo processo no qual os tribunais e juízes passam a fazer ou a intervir nas políticas públicas, que tradicionalmente eram feitas – ou deveriam ser feitas – por outros órgãos estatais, sobretudo, aqueles pertencentes ao Poder Legislativo e Poder Executivo, ou seja, os juízes “não-políticos” agindo como “políticos”. Outra forma seria o processo pelo qual os fóruns de negociação e tomada de decisões não-judiciais (arenas políticas) passam a ser dominados por regras e procedimentos quase-judiciais (legalistas), ou seja, “políticos” agindo como

¹⁷⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001. p. 214.

¹⁷⁷ SCAFF, Fernando Facury. Você não sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas. Matéria publicada na página do site [conjur.com.br](https://www.conjur.com.br) dia 23/01/2018, disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/contas-vista-vivemos-entre-reserva-possivel-escolhas-tragicas>>. Acesso em: 07/08/2018.

¹⁷⁸ HIRSCHL, Ran. **The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide.** *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelles e Pedro Jimenez Cantisano. *In* Revista de Direito Administrativo. FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 21/02/2018.

juízes “apolíticos” vinculados a regras procedimentais típicas dos processos judiciais.¹⁷⁹

No Brasil, autores, como Luís Roberto Barroso, distinguem os conceitos de “judicialização da política” e “ativismo judicial”. Por um lado, a judicialização é um fato ou circunstância decorrente do modelo constitucional adotado, quando questões de larga repercussão política ou social são decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelos poderes Executivo e Legislativo. A judicialização da política no Brasil teria três grandes causas: (I) o processo de redemocratização do país tendo como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988; (II) a constitucionalização abrangente trazendo matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação; e (III) a abrangência e hibridez do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Por outro lado, o ativismo judicial trata-se de uma atitude por parte dos magistrados, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.¹⁸⁰

É dentro deste macro contexto, que a “judicialização da saúde” tem sido a expressão utilizada para denominar o fenômeno social e jurídico de aumento de demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, tratando-se, em grande parte, de postulações por prestações estatais de medicamentos ou tratamentos médicos.¹⁸¹

No início da década de 1990 essas demandas tinham por objeto medicamentos para tratamento de enfermidades direcionadas, como HIV/Aids, cuja política já existia desde 1985¹⁸². A partir dos anos seguintes, as demandas passaram a incluir diversos outros medicamentos, insumos, cirurgias, vagas em leitos de UTI, entre outros, chegando, posteriormente, aos tribunais superiores. Devido ao aumento exponencial destas demandas, em 2009 o STF realizou audiência pública, onde participaram especialistas da área de saúde e

¹⁷⁹ TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York. New York University Press, 1995.

¹⁸⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, nº 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2018.

¹⁸¹ SANT'ANA, João M. Brambati; PEPE, Vera L. Edais; CASTRO, Claudia G. E. Osóri de; VENTURA, Mirian. **Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil**. Rev Panam Salud Publica. 2011; v. 29, n. 2, p. 134-44.

¹⁸² Idem.

do direito, tendo como casos emblemáticos, naquele momento, as Suspensões de Tutela Antecipada (STA) nº 175 e 178.

No ano seguinte, foi elaborada a Recomendação 31 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual estabeleceu medidas para subsidiar as decisões dos magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, funcionando como uma resposta à falta de capacidade institucional dos tribunais¹⁸³. E desde o dia 28 de Setembro de 2016 se encontra interrompido o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 566471 e nº 657718 que tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS e de medicamentos não registrados na Anvisa, os quais tiveram reconhecidas repercussões gerais sobre o tema.

O crescimento da judicialização da saúde tem sido algo preocupante para os gestores de saúde pública. Segundo o relatório “Justiça em Números 2017” do Conselho Nacional de Justiça¹⁸⁴, houve a tramitação de 1.346.931 processo judiciais relacionados à área da saúde até o final de 2016. Sendo que 23,2% representam aqueles que requerem medicamentos do SUS (312.147) e 7,3% os que solicitam tratamento médico-hospitalar (98.579)¹⁸⁵.

Ainda, de acordo com dados do Ministério da Saúde, de 2010 até Julho de 2016 houve um aumento de 727% nos gastos da União com ações judiciais para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais, com custos para a União na ordem de R\$ 3,9 bilhões no cumprimento das sentenças judiciais.¹⁸⁶ Segundo informações do secretário executivo do Ministério da Saúde, Antônio Carlos Nardi, publicadas no site da FIOCRUZ, com a revisão da RENAME (Relação Nacional de

¹⁸³ WANG, Daniel W. Liang. **Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses**. São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas – DIREITO GV *Research Paper Series – Legal Studies*, Paper n. 75, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 24 abr. 2018.

¹⁸⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 02/04/2018.

¹⁸⁵ LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis E. P. Fernandes de; SOUZA, Leiza A. de Oliveira; JULIANO, Iraídes Andrade. **Decisões judiciais relativas à saúde: resultados em 2017**. In Relatório Acompanhamento de Políticas. Observatório de análise política em saúde. 2017.

¹⁸⁶ Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criar-ao-de-banco-de-dados>>. Acessado em: 24/07/2018.

Medicamentos Essenciais), houve um aumento de 25% na oferta medicamentos - de 869 em 2017 para 1.098 medicamentos em 2018.¹⁸⁷

Tais dados demonstram que o tema da judicialização da saúde, juntamente com as inúmeras questões envolvidas, carece de atenção por parte do Estado e da Sociedade como um todo¹⁸⁸, o que faz sugerir cada vez mais que as críticas direcionadas contra a atuação do Judiciário nas políticas públicas de saúde devem ser levadas a sério. Ainda mais, porque os recursos são escassos frente às ilimitadas necessidades, obrigando o gestor público a tomar decisões e fazer “escolhas trágicas”. “Levar a sério as direitos significa levar a sério a escassez”.¹⁸⁹

No contexto em que vivemos, de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem o direito à saúde representam um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais. A disponibilização de uma saúde de qualidade efetivamente a todas as pessoas destinatárias dos direitos fundamentais, se choca com as possibilidades, as prioridades e os limites financeiros do próprio Estado.¹⁹⁰ “As demandas, inclusive por tratamento médico, são vorazes: elas devoram os recursos públicos, os quais são escassos, ainda mais no que tange a medicina”.¹⁹¹ Logo, a definição de quais prestações de saúde serão exigíveis frente ao Poder Público, por força do mandamento constitucional pode tratar-se de uma escolha trágica.¹⁹²

¹⁸⁷ Disponível em <<https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/sa%C3%BAde-nos-munic%C3%A0dios-brasileiros-um-retrato-nacional>>. Acesso em: 24/07/2018.

¹⁸⁸ Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento da STA 175/CE: “Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 – AgR/CE, Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento:17.3.2010. DJe nº 76. Publicação: 30/04/2010.

¹⁸⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

¹⁹⁰ BRASIL. Audiência Pública nº 4 – Saúde. Convocada em 05 de Março de 2009. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>

¹⁹¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha, Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Renovar RJ e SP, 2001. p.35.

¹⁹² CALABRESE, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**. W.W. Norton & Company. New York. London. 1978.

Para um juiz, negar uma prestação de saúde a quem necessita, como um transplante ou medicamento importado, por não constarem ou não preencherem os requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico, por exemplo, pode ser um drama, pois o demandante é uma pessoa física que possui rosto, identidade e nome.¹⁹³

Entretanto, para além de casos particulares, o que dizer de milhares de pessoas que morrem em decorrência de doenças relacionadas com a falta de saneamento, ou as vítimas de malária, hipertensão, diabetes, doença de chagas etc.? E as vítimas das “doenças da miséria”¹⁹⁴ ou “doenças negligenciadas”¹⁹⁵ que afetam principalmente a população mais pobre? A diferença é que essas milhares de pessoas não possuem a mesma capacidade de mobilização diante do judiciário ou da mídia, apesar das duas situações envolverem situações dramáticas e escolhas difíceis quanto às prioridades.

¹⁹³ BARCELLOS, Ana Paula. O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, Mínimo Existencial e o valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010. pp. 803-826.

¹⁹⁴ “No Brasil, embora não faltem endemias e epidemias que grassam milhares de vidas, a questão relativa ao tratamento de doenças veio a baila com a AIDS. Ainda hoje, se consultadas as bases de jurisprudência dos tribunais, encontraremos decisões relacionadas a AIDS, a câncer, a algumas doenças raras e nenhuma relativa às chamadas doenças da miséria”. LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais. Os desafios do poder Judiciário no Brasil**. Livraria do Advogado. Porto alegre, 2009. p.24.

¹⁹⁵ A Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização Médicos Sem Fronteiras criaram a denominação “doenças negligenciadas”, as quais se referem àquelas enfermidades, geralmente transmissíveis, que apresentam maior ocorrência nos países em desenvolvimento, e a denominação “mais negligenciadas”, exclusivas dos países em desenvolvimento. O estigma social, o preconceito, a marginalização, a pobreza extrema das populações atingidas e a baixa mortalidade são fatores que contribuem para a negligência a estas doenças. Seu mercado insignificante para as empresas farmacêuticas reduz ainda mais a importância destas doenças no debate da saúde global. A negligência é também evidente em termos monetários, uma vez que estas doenças recebem uma proporção muito pequena dos recursos públicos para a saúde. GARCIA, Leila Posenato; MAGALHÃES, Luís Carlos G. de; ÁUREA, Adriana Pacheco; SANTOS, Carolina Fernandes dos; ALMEIDA, Raquel Filgueiras de. Epidemiologia das doenças negligenciadas no Brasil e gastos federais com medicamentos. IPEA. Brasília, abril de 2011. Acessado em 10/05/2018 no endereço: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1577/1/td_1607.pdf>; O número de casos de doenças negligenciadas continua crescendo no País, na publicação de José Maria Mayrink no Jornal “O Estado de S. Paulo”, dia 31 Janeiro 2017: “O número de casos de hanseníase, tuberculose e sífilis, três da lista de doenças milenarmente negligenciadas que o Ministério da Saúde prometeu eliminar, continua crescendo no Brasil. Os portadores da moléstia de Hansen, antiga lepra, eram em janeiro de 2016 cerca de 56 mil, dos quais 24.612 notificados nos meses anteriores e 31.568 já em tratamento, conforme dados da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). A taxa de prevalência caiu de 4,52 por 10 mil habitantes em 2003 para 1,42 por 10 mil habitantes em 2013, um progresso apreciável, mas ainda abaixo da meta da Organização Mundial de Saúde (OMS), que considera tolerável a prevalência inferior a 1 por 10 mil habitantes”. Acessado em 10/05/2018 no endereço:< <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,numero-de-casos-de-doencas-negligenciadas-continua-crescendo-no-pais,70001648048>>.

Tanto num caso como no outro “o fato é que sempre há uma decisão, explícita ou implícita, uma escolha que prioriza determinadas situações de necessidade em detrimento de outras”.¹⁹⁶

Em 2015, foi publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) uma pesquisa produzida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) a qual analisou processos judiciais de saúde pública e suplementar em seis Estados (AC, MS, MG, PR, RN e SP) julgados em 2011 e 2012, onde foram identificadas algumas características em comum, quais sejam: (1) as demandas versavam predominantemente sobre aspectos curativos (medicamentos, tratamentos, próteses, etc.) e pouco sobre aspectos preventivos (vacinas, exames, etc.), evidenciando sua parcialidade em relação à totalidade das ações e serviços a serem prestados pelo poder público; (2) a predominância da litigação individual em face da coletiva, o que pode refletir problemas em razão das particularidades na diferenciação entre a micro e macro justiça; (3) o deferimento do pedido de antecipação de tutela, na maioria dos casos, sem pedido de informações complementares, além da tendência de deferimento final; (4) a maioria das decisões não fez menção nem adotou quaisquer posições referente à Audiência Pública realizada pelo STF em 2009, aos normativos no CNJ sobre o tema (Recomendações nº 31 e 36), nem ao Fórum Nacional e comitês estaduais, nem aos Núcleos de Apoio Técnico (NAT) como estratégia para a atividade judicante em saúde.¹⁹⁷

Verificamos, portanto, um déficit na capacidade institucional do Poder judiciário para decidir de forma racional sobre a alocação dos recursos públicos gastos com a saúde de toda a população. Outrossim, mesmo que se prove que um novo tratamento/medicamento é seguro e eficaz, é importante avaliar se ele é melhor que os tratamentos existentes, e se seus custos compensam as vantagens. Idealmente, os pacientes devem utilizar os melhores tratamentos disponíveis, entretanto, a escassez de recursos é uma realidade onipresente e

¹⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula. O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, Mínimo Existencial e o valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010, pp. 803-826.

¹⁹⁷ CNJ. Justiça Pesquisa: **Judicialização da saúde no Brasil – dados e experiências**. Brasília: CNJ, 2015. p.43.

deve ser levada em consideração por aqueles que decidem quais medicamentos/tratamentos devem ser fornecidos aos pacientes.¹⁹⁸

2.1. As escolhas na escassez

Parte da doutrina reconhece os limites materiais de cunho econômico e político dos direitos sociais¹⁹⁹ ao considerar a tese da reserva do possível, mas adota uma perspectiva substancialista do direito, além de defender uma postura ativista por parte do Poder Judiciário na defesa da Constituição.²⁰⁰ Na jurisprudência brasileira, no tocante ao direito social à saúde, tem prevalecido o entendimento no sentido de reconhecer seu caráter fundamental e indisponível, tendo primazia sobre outros interesses do Estado, inclusive no que se reporta ao implemento de suas diretrizes financeiras e fiscais.²⁰¹

Muitos tribunais brasileiros tem concedido de forma direta aos jurisdicionados medicamentos e tratamentos médicos que não foram previstos nos orçamentos públicos dos entes federativos, fato que tem gerado um custeio imprevisto e imediato em favor de um indivíduo ou determinado grupo de indivíduos, como se os recursos públicos fossem ilimitados ou suficientes para serem manejados e distribuídos pelo judiciário, sem necessidade de considerações acerca do planejamento previamente feito pelos poderes

¹⁹⁸ WANG, Daniel W. Liang. **Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses.** São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas – DIREITO GV Research Paper Series – Legal Studies, Paper n. 75, 2013.

¹⁹⁹ Segundo Barroso “na Constituição de 1988, são exemplos dessa espécie os direitos à proteção da saúde (art.196), previdência social (arts. 6º e 201) (...) esta verificação é complexa e encontra limites, assim de cunho econômico como político. Os limites econômicos derivam do fato de que certas prestações não de situar-se dentro da ‘reserva do possível’, das disponibilidades do erário. Atente-se bem para esta questão delicada: a ausência da prestação será sempre inconstitucional e sancionável. Mas determinar se ela é plenamente satisfatória é tarefa árdua, muitas vezes, e impossível outras tantas.” BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 104 e 105.

²⁰⁰ Clève afirma que: “Daí a necessidade do judiciário agir fortemente (controle forte) em defesa da Constituição, dos valores constitucionais, do princípio democrático, expressando, se for necessário o poder anti-majoritário que lhe foi conferido pela maioria permanente (Constituinte)”. CLÈVE, Emerson Merlin. **“O problema da Legitimação do Poder Judiciário e das Decisões Judiciais do Estado Democrático de Direito”**, Debates, nº 20: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1999. p.218.

²⁰¹ CIARLINI, Álvaro Luís de A. S. **Direito à saúde. Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2013. p.39.

políticos quando da aprovação do orçamento público e das escolhas tomadas durante a fase de elaboração das políticas públicas.

Neste contexto, para elucidar as questões que envolvam tais limites, utilizaremos a perspectiva que considera o problema da escassez de recursos e das escolhas trágicas, desenvolvido inicialmente por Guido Calabrese e Philip Bobbit em sua obra *Trágic Choices*²⁰². Tais idéias foram desenvolvidas na doutrina pátria, dentre outros, por Gustavo Amaral²⁰³, Fernando Facury Scaff²⁰⁴ e Flavio Galdino²⁰⁵, e serão utilizadas para a análise deste tema neste capítulo.

Ao se refletir sobre a justiça na alocação de recursos, necessariamente, deve-se levar em conta a situação de escassez em que esta justiça seja útil.²⁰⁶ Isto porque, as regras de equidade ou de justiça dependem do estado em que os indivíduos se encontram, e devem sua origem à utilidade que proporcionam ao público pela sua observância estrita e regular. Uma sociedade dotada de uma grande abundância de todas as conveniências exteriores, de modo que, todos os indivíduos se encontrem completamente providos de tudo o que desejam ou necessitem, não haveria propósito algum em se preocupar com a virtude da justiça na partilha de bens já que cada um teria o mais que suficiente.

Neste sentido, se voltando para a realidade atual em que vivemos, em que, de fato, existe uma finitude ou carência de diversos tipos de bens²⁰⁷, quando a natureza provê algum benefício em abundância, como por exemplo, a água e o ar, os indivíduos não estabelecem subdivisões de direitos e propriedades, e ninguém, portanto, comete injustiça por mais prodigamente

²⁰² CALABRESE, Guido; BOBBITT, Philip. *Trágic Choices*. W.W. Norton & Company. New York. London. 1978.

²⁰³ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁰⁴ SCAFF, Fernando Facury e NUNES, Antônio José Avelãs. *Os Tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

²⁰⁵ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁰⁶ HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. São Paulo: UNESP, 2003. pp.241-268.

²⁰⁷ Nosso entendimento é de que a saúde pode ser considerada um bem limitado, quando depender da prestação de serviços de saúde por parte do Estado, incluindo o tratamento e fornecimento de medicamentos, por demandarem recursos financeiros que são finitos, como já demonstramos no item "1.3.1".

que disfrute de tais bens. Por outro lado, supondo-se que os indivíduos se encontrem em uma sociedade com carência extrema de bens necessários à sua sobrevivência, a ponto de todo o esforço não ser capaz de impedir a morte da maioria. Nesta situação, as leis estritas da justiça certamente estariam suspensas em razão das necessidades e da autopreservação.²⁰⁸

Neste sentido, sob uma perspectiva econômica²⁰⁹ os ilimitados recursos e bens existentes são insuficientes para satisfazer as ilimitadas necessidades humanas. Logo, segundo Flavio Galdino, levando-se em conta a escassez, os bens podem ser divididos em (1) livres – são aqueles sobre os quais “a escassez não projeta efeitos” (como o ar atmosférico, por exemplo) – e (2) econômicos – “são aqueles dotados de utilidade e que sofrem os efeitos da escassez” (como a comida, por exemplo)²¹⁰.

Considerando-se ainda que a escassez e a utilidade são dependentes do contexto histórico e econômico, diante desta escassez de recursos e bens, é imperativa a necessidade de aloca-los, ou seja, distribuir aqueles existentes. E esta questão envolvendo a melhor forma (ou mais justa) de distribuição é uma das principais preocupações das teorias da justiça moderna. “A sociedade humana é uma comunidade distributiva (...) nós nos reunimos para compartilhar, dividir e trocar”.²¹¹ Esta distribuição e alocação de bens é operacionalizada através de diversos procedimentos, critérios e agentes.

Tratando-se do direito social à saúde, caso os recursos (financeiros, humanos, tecnológicos, etc.) fossem infinitos, ou abundantes e quantitativamente disponíveis – como costumeiramente se acredita ao se sustentar um direito social à saúde de caráter absoluto –, o princípio do acesso universal igualitário – disposto no art. 196 da Constituição de 1988 –

²⁰⁸ HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. São Paulo: UNESP, 2003. pp.241-268.

²⁰⁹ A economia se dedica precipuamente ao problema de como produzir o máximo de bens econômicos a partir da escassez de recursos. “Economia é a ciência que estuda a forma pela qual os indivíduos e a sociedade interagem com os fatores de produção, integrando-os em um ciclo econômico (produção, circulação e consumo). É a ciência que trata dos fenômenos relativos à produção, distribuição e consumo de bens”. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.47.

²¹⁰ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.156.

²¹¹ WALZER, Michael. **Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 2-38.

certamente seria concretizado através da distribuição de recursos conforme as necessidades por saúde de cada indivíduo. Este, certamente, seria o princípio alocativo adotado no contexto de abundância apontado por Karl Marx na fase superior da sociedade comunista a qual poderia “escrever em sua bandeira: De cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades!”.²¹² Contudo, a escassez de recursos é um fato concreto em nossa sociedade e, portanto, a sempre crescente necessidade individual não poderá ser o único critério alocativo, mas também outros critérios são necessários para se determinar quais, entre os inúmeros indivíduos terão suas necessidades atendidas, e quais não o terão, muitas vezes com consequências fatais.²¹³

A surpresa frente à possibilidade de escolha surge no âmbito da efetivação do direito à assistência à saúde, exatamente quando a evolução técnica possibilita atuar amplamente sobre o estado de saúde das pessoas e após a existência da consciência desta possibilidade de escolha.²¹⁴ As transformações ocorridas por meio de inovações técnicas de base científica, após o advento da revolução científica do século XVII, fez com que as concepções sobre o que é saúde passassem a depender das mudanças introduzidas nos padrões de cooperação social que levaram a criação de novas técnicas de diagnóstico (por exemplo, o raio X) e terapia ou profilaxia (por exemplo, a vacina) e sua estabilização ou institucionalização como serviço médico ou serviço de atenção à saúde.²¹⁵

²¹² MARX, Karl. **Crítica do programa de Gotha**. São Paulo: Boitempo, 2012. p.32

²¹³ Segundo FERRAZ e VIEIRA, os “Administradores na área de saúde, médicos e outros profissionais o setor se deparam com esse trágico dilema diariamente. A que pacientes alocar os órgãos escassos do sistema nacional de transplantes? A quem dar prioridade de acesso às vagas limitadas de hemodiálise ou aos leitos do centro de terapia intensiva? Como distribuir o orçamento limitado na aquisição de medicamentos cada vez mais abundantes e caros?”. FERRAZ, Octávio Luiz Motta e VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 52, no 1, 2009, pp. 223 a 251.

²¹⁴ GLOBEKNER, Osmir Antonio. **Racionalidade econômica, escolhas trágicas e o custo dos direitos no acesso à saúde**. Diké - Revista Jurídica do curso de Direito da UESC/Universidade Estadual de Santa Cruz, Departamento de Ciências Jurídicas. Ilhéus: UESC, 2017 301p. Semestral. pp. 120-149.

²¹⁵ “O advento da revolução científica do séc. XVII marca uma nova orientação (...) no sentido de desenvolvimento de técnicas de diagnóstico e terapia, não mais envolvendo crenças tradicionais ou a magia, mas sendo baseadas na “ciência” moderna, que é calcada na experimentação empírica racionalmente controlada.” CASTRO, Marcus Faro. Dimensões políticas e sociais do Direito Sanitário brasileiro. In: ARANHA, Márcio Lório (Org.). **Direito**

A eficiência perpassa pela observação da relação custo-benefício de determinado ato a fim de assegurar a efetivação dos objetivos esperados com os recursos possíveis. Não se pode, portanto, afastar da realização do direito, da justiça, a disponibilidade financeira para sua real aplicação.²¹⁶ A ideia de eficiência só faz sentido se imaginar que os recursos são relativamente escassos. Por um lado, se existe abundância de recursos, não há que centrar as preocupações em problemas de distribuição ou de eficiência. Por outro, se a escassez é extrema, as preocupações centrais extrapolam mesmo as efficientísticas, firmando as atenções em questões atinentes a critérios para uma “eleição trágica”.²¹⁷

Com efeito, as escolhas trágicas fazem parte da própria história da humanidade. As primeiras aparições da tragédia ocorreram na literatura grega quando os filósofos a usavam como forma de revelar aos alunos os fatos considerados verdadeiros e tendo, nas emoções fortes, a fonte das percepções da vida humana que consideravam boas, ideais.²¹⁸ Portanto, em diversas histórias gregas as escolhas trágicas apresentam conflitos éticos/morais e a certeza de que as escolhas acarretam decisões que terão, um prejuízo, um desfecho trágico. É essa influência da filosofia moral contemporânea herdada da filosofia ética grega. Aristóteles, por exemplo, acentuava a influência das condições mundanas como imprescindíveis para a escolha. A moral estava inserida nesse contexto em que partia também da percepção dos elementos que circundavam o homem, desenvolvendo nisso a possibilidade de graduar a importância das coisas.²¹⁹

Na obra “Tragic Choices”, os autores Guido Calabresi e Philip Bobbitt analisam como as sociedades fazem “escolhas difíceis”, ou seja, como alocam de forma trágica seus recursos escassos. Os autores apontam para um conflito

Sanitário e saúde pública. Brasília: Ministério da Saúde; Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; Escola Nacional de Saúde Pública, 2003. v. 1. p. 379-390.

²¹⁶ SANTOS, Taís Dórea de Carvalho Santos. **O Estudo das Escolhas Trágicas à luz do Princípio da Eficiência e os Precedentes Judiciais.** Dissertação apresentada ao PPGD de Mestrado em Direito da UFB. Disponível em < <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17781>>. Acesso em 14/11/2018.

²¹⁷ BATISTA JUNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.102.

²¹⁸ NUSSBAUM, Martha C. **La fragilidad del bien: fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega.** trad. A. Ballesteros, Madrid, Visor, 1995. p.53-69.

²¹⁹ Idem.

entre valores fundamentais: de um lado, valores nos quais a sociedade determina os beneficiários das distribuições dos recursos e os limites de escassez e, de outro, valores morais humanistas que prezam pela vida e pelo bem-estar. Afirmam os autores que são os valores aceitos por uma sociedade como fundamental que marcam algumas escolhas como trágicas, e que “não podemos saber porque o mundo sofre. Mas podemos saber como o mundo decide qual sofrimento chegará a algumas pessoas e não a outras”.²²⁰ A ação a ser tomada no contexto de uma inevitável escassez, demonstra os valores pelos quais uma sociedade se define, quando em conflito.

As escolhas trágicas mostram dois tipos de padrões que progressivamente se movimentam. O primeiro refere-se às oscilações da sociedade entre os dois tipos de decisões que deve tomar sobre o bem escasso. Enquanto a primeira destas decisões, denominada decisão de primeira ordem, deve escolher o quanto será produzido e disponibilizado, dentro dos limites estabelecidos pela escassez, a segunda, decisão de segunda ordem, decidirá quem deverá ser atendido, ou seja, quem irá obter aquilo que for produzido. O segundo padrão é composto por uma progressiva sucessão entre decisões, racionalização e violência. Os autores consideram a eficácia e moralidade de diferentes dispositivos usados para alocar recursos escassos, quais sejam: os mercados neutros em relação ao impacto da distribuição de riquezas, os mercados não tradicionais, agências políticas (decisão política competente), as loterias, a abordagem costumeira ou evolucionária habitual e outros métodos.

No primeiro padrão movimentado é traçada a interação entre os dois níveis diferentes de alocações: de primeira e segunda ordem. Na decisão de primeira ordem é delimitado a quantidade global de recursos a serem distribuídos e produzidos, decorrente de uma escolha baseada em relativas prioridades dentro de um contexto de escassez geral. Como por exemplo, toda a quantidade de máquinas de diálise ou de leitos disponíveis de UTI em uma dada região ou Estado. Já a escolha de segunda ordem determinará quais

²²⁰ “We cannot know why the world suffers. But we can know how the world decides that suffering shall come to some persons and not to others”. CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**. W.W. Norton & Company. New York. London, 1978. p.17

peças terão acesso a tais máquinas de diálise ou leitos, conforme critérios hierárquicos e equitativos.

É característico das escolhas trágicas que as decisões de primeira e segunda ordem sejam feitas separadamente, permitindo misturar diferentes abordagens de alocação – mercado, decisão política, loteria, abordagem costumeira ou evolucionária habitual – de forma mais complexa e possibilitando dada sociedade se apegar a distintas misturas de valores em cada ordem de decisão. Contudo, é ilusória a desconexão entre as decisões, servindo apenas para encobrir o fato da escassez e, enquanto a ilusão durar, evitar a escolha trágica. A distinção das decisões em primeira e segunda ordem, ou seja, o quanto produzir e quem será beneficiado com o que foi produzido, serve apenas como um artifício ilusório que mascara o fato das escolhas feitas pela sociedade serem difíceis/trágicas. Tal artifício traz um certo conforto para as pessoas que acreditam que as escolhas trágicas fazem parte somente das decisões de segunda ordem, como resultado de muitas ações independentes. “Assim nos conformamos com a crença de que nossa sociedade não estabelece um número aceitável de mortes automáticas, mas que isto é resultado de milhares de ações independentes e atomísticas”²²¹.

Como exemplo, os autores Bobbitt e Calabresi fazem a seguinte pergunta: “porque os Estados Unidos gastam milhões de dólares para resgatar um único jogador perdido, mas não se apropria de soma semelhante para fornecer patrulhas terrestres” que poderão evitar acidentes em um número muito maior? Neste sentido, se alguém falece após ter sofrido um acidente automobilístico em uma rodovia, parece que a vida perdida foi obra do acaso. Contudo, se a decisão política desse uma maior prioridade à sinalizações e outras formas de se evitar acidentes em rodovias, como radares e diversas outras maneiras de fiscalização, certamente, se poderia evitar muitas destas mortes consideradas (aparentemente) ocasionais. Tais providências, entretanto, dependem recursos que, competem com outros interesses e necessidades sociais, o que demonstra seu caráter relativo e trágico.

²²¹ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**. W.W. Norton & Company. New York. London, 1978.

Essa distinção (primeira/segunda ordem) se relaciona também com o segundo movimento que caracteriza as escolhas trágicas: uma progressão na tentativa desesperada de evitar a tragédia que forma a sequência da decisão no contexto trágico. “Tal progressão procura mudar nossa percepção de um dilema trágico em particular. Fazendo com que o resultado pareça necessário, inevitável, em vez de escolhido.” Tenta converter o que é tragicamente escolhido para um infortúnio fatal. Este segundo padrão de movimento – a sucessão entre decisão, racionalização e violência – corresponde à maneira como a decisão trágica é percebida pelos indivíduos em uma dada sociedade, definindo habitualmente uma nova racionalização, para, em seguida, ser estabelecida uma violência, que, após ser notada, institui uma nova crise, seguida de uma nova racionalização e assim se segue.

Embora seja útil estabelecer os custos e benefícios das várias medidas de afetação, a análise feita não pode determinar o melhor método para as escolhas trágicas. A melhor abordagem para a situação trágica depende do bem em particular a ser distribuído, bem como dos valores e atitudes que prevalecem no momento em que a escolha deve ser feita. A decisão certa, portanto, depende do que é apropriado em determinado espaço de tempo em uma determinada sociedade. E o que é apropriado, por sua vez, depende das normas sociais existentes, ou seja, as escolhas trágicas dependem das normas de moralidade convencional. É o conflito aparentemente insolúvel entre os valores predominantes que leva os indivíduos a verem uma escolha como trágica.

Existem, portanto, diversos critérios alocativos que são utilizados pela sociedade, para orientar moralmente suas escolhas na distribuição dos bens públicos. Os autores citam a *eficiência*, a *honestidade* e a *igualdade*, a qual contrasta com a *hierarquia*. Os dois últimos (igualdade e hierarquia) têm a vantagem de serem aceitos de forma ampla pela sociedade, contudo, são ambivalentes pois, podem ser utilizados por um lado para defender as escolhas trágicas e por outro, para atacá-las. Um dos exemplos dado pelos autores, são os das máquinas de diálise que são concedidas apenas àqueles pacientes que poderão ter êxito em seu tratamento e negado àqueles em que não poderão ser salvos. Neste caso, o critério de alocação é discriminatório, ou seja, não se

utilizou-se de uma igualdade formal atendendo a todos para, por exemplo, confortar os familiares de alguns pacientes, demonstrando ilusoriamente que algo está sendo feito.

Autores brasileiros, como Fernando Facury Scaff, sustentam que as escolhas públicas trágicas se referem à eleição de prioridades dentre as “políticas públicas que deverá ocorrer no âmbito do orçamento público, normalmente, em razão de uma deliberação que surge do entrelaço entre os poderes Legislativos e Executivo”. A identificação das prioridades do gasto que o poder público deverá escolher para fazer frente às necessidades da sociedade, quanto ao orçamento, deverá se desenvolver em três âmbitos, (1) o da receita pública – que implica decidir de quem se deve arrecadar –, (2) o da despesa ou gasto público – considerando, neste caso, uma diversidade de possibilidades, haja vista que a população pode sofrer de uma infinidade de carências como de saúde, educação, saneamento, moradia, lazer etc. –, (3) o do endividamento – onde ocorre uma troca intergeracional, pois se antecipa para hoje a receita que será utilizada para pagar no futuro a dívida contraída. O autor destaca a importância de se lutar contra as escolhas trágicas tomadas pelos representantes políticos brasileiros que deixam de privilegiar os objetivos estabelecidos pela Constituição, em razão de “interesses eleitorais”.²²²

O problema da escassez de recursos no contexto dos direitos sociais, sobretudo do direito à saúde, enfrenta certa antipatia no “meio jurídico” por se tratar de um argumento de viés econômico. Principalmente, em um país como o Brasileiro em que existe uma elevada taxa de desigualdade social – com um grande número de pessoas, em determinadas regiões, sem acesso efetivo a

²²² Segundo o autor, “Além da meta de redução das desigualdades sociais e regionais, o governo tem de pagar o funcionalismo público, pagar a dívida financeira e não financeira com o mercado, manter todos os serviços públicos em atividade e com caráter de universalidade, estar preparado para defender o país em caso de ameaças externas, organizar o transporte público, o ensino, a saúde, o saneamento, a segurança e muitas outras atividades encontráveis nas colunas do gasto público nas tabelas orçamentárias. E tudo isso ao mesmo tempo. Logo é necessário priorizar politicamente o gasto público, obedecendo os parâmetros constitucionais (...) atacar a reserva do possível é lutar contra moinhos de vento, pois a escassez é um dado de realidade; lutar contra as escolhas trágicas/políticas adotadas é algo concreto, palpável, pois existem pessoas por trás dessas decisões – políticos eleitos que buscam reeleição neste ano”. SCAFF, Fernando Facury. **Você não sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas**. Matéria publicada na página do site [conjur.com.br](https://www.conjur.com.br) dia 23/01/2018, disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/contas-vista-vivemos-entre-reserva-possivel-escolhas-tragicas>>. Acesso em: 07/08/2018.

serviços públicos de saúde de qualidade –, apontar para a existência de limites financeiros e materiais a programas sociais, coloca em evidência certa suspeita de que está se buscando apenas subterfúgios que justifiquem a falta de recursos. Contudo, por mais recursos que se destine à saúde, não há como atender a todas as necessidades de saúde da população, “A inevitabilidade de alguma forma de racionamento em todos os sistemas de saúde mostra como a economia vive sua reputação de ‘ciência sombria’, pois as decisões de alocação determinam quem é tratado e quem não é, se vive com dor ou desconforto ou se morre”.²²³

Afirmar que são inevitáveis as escolhas difíceis frente à escassez de recursos neste contexto, entretanto, não deixa de reconhecer a necessidade de investimentos na área de saúde no Brasil. Não se está aqui a sustentar a afirmativa de que, atualmente, existem ou não recursos suficientes no Sistema Único de Saúde brasileiro, mas sim, que por mais recursos que se destine à saúde, nunca será possível atender a todas as necessidades de saúde da sociedade. Com efeito, o Brasil tem feito investimentos significativos na expansão da cobertura de seu Sistema Único de Saúde com o objetivo de expandir sua rede de prestação de serviços, levando ao aumento nos gastos públicos com saúde. Relativo ao seu PIB, o Brasil gasta em saúde tanto quanto a média entre os países da OCDE e mais do que os seus parceiros, apesar da maior parte de tais gastos ocorrer fora do setor público.²²⁴

²²³ “The inevitability of some form of rationing in all health care systems shows economics living up to its reputation as the ‘dismal science’ as allocation decisions determine who is treated and who is left untreated, to live in pain or discomfort, or to die.” MAYNARD, Alan and BLOOR, Karen. **Our Certain Fate: Rationing in Health Care**. Office of Health Economics, 12 Whitehall London SW1A 2DY, 1998. p.9.

²²⁴ Conforme estudo realizado pelo Grupo Banco Mundial, denominado “Um Ajuste Justo”: Análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil, “Nos dez anos até 2014, as despesas com saúde cresceram a uma taxa real média de 7%, o que aumentou os gastos públicos com saúde proporcionais ao PIB em 0,5 ponto percentual. O gasto total com saúde no Brasil (9,2% do PIB) é comparável com a média dos países membros da OCDE (8,9%) e maior do que a média dos seus parceiros estruturais e regionais (5,8% e 7,4%, respectivamente) (Figura 71)71. Nas duas últimas décadas, o gasto com saúde como parte do PIB aumentou em 1,8 pontos percentuais no Brasil, enquanto que, entre os países da OCDE, o aumento da média foi de 2,3%. Diferentemente da maioria dos seus parceiros econômicos, mais da metade dos gastos totais com saúde no Brasil são financiados privadamente (individualmente e planos de saúde privados). A despesa pública com saúde como parte da despesa total com saúde (48,2%) é significativamente mais baixa do que a média entre os países da OCDE (73,4%) e do que os seus parceiros de renda média, está acima apenas da média entre os países do BRICS (46,5%). Em termos per capita, o Brasil gasta muito menos do que a média entre os países da OCDE, mas mais do que os seus parceiros regionais e

É de suma importância buscar sempre ampliar os recursos da área da saúde, reduzindo ineficiências e combatendo a corrupção de agentes públicos, a fim de se alcançar a melhor qualidade possível na prestação do serviço público de saúde a toda sociedade, inclusive àqueles menos favorecidos socialmente. Contudo, também é fundamental que se reconheça o problema da escassez de recursos, de sua limitação como um fato concreto e inevitável, o qual deve ser observado para se poder identificar os critérios alocativos com mais clareza, buscando realizar escolhas mais adequadas e responsáveis, e atendendo a população de forma mais justa e eficiente.

Um exemplo²²⁵ que pode ilustrar este fato pode ser retirado da estimativa de gasto com medicamento feita pelo SUS no fornecimento de medicamentos para tratamento das doenças: hepatite viral crônica C e artrite reumatoide. Segundo a estimativa se o SUS, deixasse de oferecer, como faz atualmente, uma lista de medicamentos escolhidos pelo seu perfil de segurança, eficácia, custo-efetividade e mediante protocolo e passasse a oferecer à toda população portadora apenas destas duas doenças, os medicamentos mais recentes que se encontravam disponíveis no mercado naquela ocasião – interferon peguilhado, para tratar a hepatite viral crônica C, e etanercepte e adalimumabe, para tratar a artrite reumatoide – o gasto total seria de 99,5 bilhões de reais. Considerando que naquele período, segundo o IBGE, o PIB brasileiro em 2006 foi de 2,3 trilhões de reais, os gastos necessários para tratar somente duas doenças, com esta política adotada, consumiria 4,32% do PIB. Comparando com as despesas totais em 2004 com as ações e serviços públicos de saúde financiada com recursos próprios dos municípios, estados e União que chegaram a 3,69% do PIB, se utilizarmos este percentual ao PIB de 2006, chegaremos a um gasto total aproximado de 85,7 bilhões de reais. Portanto, para se fornecer 4 medicamentos para tratar somente 2 doenças que afetam 1% da população, seriam gastos (99,5 bilhões

estruturais. A despesa total per capita com saúde no Brasil (US\$1,334) é 35% da média entre os países da OCDE (US\$3,817), 153% dos seus parceiros estruturais (US\$873), 127% dos regionais (US\$1,054), e 141% maior do que a média entre os países do BRICS (US\$949).” Disponível em <<https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/publication/brazil-expenditure-review-report>>. Acesso em 24abr 2018.

²²⁵ FERRAZ, Octávio Luiz Motta e VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. 2009, vol.52, n.1, pp.223-251.

de reais) mais do que foi gasto com o atendimento feito pelo SUS (85,7 bilhões de reais).

Reconhecer a questão da escassez é, no âmbito orçamentário, admitir que as “escolhas difíceis” devem ser tomadas de forma responsável e com critérios alocativos que sejam transparentes à sociedade, sempre com a finalidade de se alcançar o máximo de eficiência e justiça, e não favorecer interesses políticos escusos. No Brasil, o tratamento de doenças ganhou destaque com os casos envolvendo portadores do vírus HIV. Ainda hoje, podemos encontrar muitas decisões de tribunais de justiça “relacionadas a AIDS, ao câncer, a algumas doenças raras e nenhuma relativa às chamadas doenças da miséria.”²²⁶

Mas afinal, porque se devem tratar com prioridade as enfermidades como a AIDS ao invés de outras? Será que o critério de escolha que vem sendo utilizado está claro à sociedade e é o mais eficiente e ao mesmo tempo o mais justo? É possível que o estigma social, o preconceito, a marginalização, a pobreza extrema das populações atingidas e a baixa mortalidade sejam fatores que contribuem para a negligência a estas doenças. Seu mercado insignificante para as empresas farmacêuticas reduz ainda mais a importância destas doenças no debate da saúde global. A negligência é também evidente em termos monetários, uma vez que estas doenças recebem uma proporção muito pequena dos recursos públicos para a saúde.²²⁷

²²⁶ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficácias dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.24.

²²⁷ GARCIA, Leila Posenato; MAGALHÃES, Luís Carlos G. de; ÁUREA, Adriana Pacheco; SANTOS, Carolina Fernandes dos; ALMEIDA, Raquel Filgueiras de. **Epidemiologia das doenças negligenciadas no Brasil e gastos federais com medicamentos**. IPEA. Brasília, abril de 2011. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1577/1/td_1607.pdf> Acessado em 10/05/2018; também conforme informação no site da Agência FIOCRUZ sobre doenças negligenciadas “O número de casos de doenças negligenciadas continua crescendo no País. Disponível em <<https://agencia.fiocruz.br/doen%C3%A7as-negligenciadas>>. Segundo publicação do Jornal “O Estado de S. Paulo”, no dia 31 Janeiro 2017, por José Maria Mayrink: “O número de casos de hanseníase, tuberculose e sífilis, três da lista de doenças milenarmente negligenciadas que o Ministério da Saúde prometeu eliminar, continua crescendo no Brasil. Os portadores da moléstia de Hansen, antiga lepra, eram em janeiro de 2016 cerca de 56 mil, dos quais 24.612 notificados nos meses anteriores e 31.568 já em tratamento, conforme dados da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). A taxa de prevalência caiu de 4,52 por 10 mil habitantes em 2003 para 1,42 por 10 mil habitantes em 2013, um progresso apreciável, mas ainda abaixo da meta da Organização Mundial de Saúde (OMS), que considera tolerável a prevalência inferior a 1 por 10 mil habitantes”. Disponível em:

A primeira e principal “escolha difícil” sobre quais serão os destinatários e as prioridades dos gastos públicos com saúde no Brasil é de responsabilidade do Parlamento através do planejamento do sistema orçamentário, o qual é constituído pelo Plano Plurianual, pela Lei de Diretrizes Orçamentárias e a pela Lei Orçamentária Anual, conforme o artigo 165 da Constituição de 1988. É mediante o orçamento público que serão definidas as prioridades quanto aos gastos públicos, tornando possível estabelecer a quantidade de recursos que poderão ser distribuídos para implementar os direitos sociais.

Ao tratarmos de direitos sociais, sobretudo do direito à saúde, é essencial observarmos o quanto de recursos financeiros o Estado estabeleceu para sua realização. Tais escolhas orçamentárias, entretanto, possuem certa flexibilidade através de mecanismos como: os créditos adicionais²²⁸ – suplementares, especiais e extraordinários –, a limitação de empenho/contingenciamento²²⁹, a reserva de contingência²³⁰ e a margem de remanejamento.²³¹ É através de todos estes mecanismos, portanto, que a alocação inicial de recursos (as “escolhas difíceis”), ao longo do exercício financeiro, pode ser ajustada conforme sejam modificadas as prioridades políticas que venham a ocorrer.²³²

Em uma acepção mais ampla de políticas públicas, Vanice R. L. do Valle²³³ afirma que a expressão pode compreender “não só uma oferta de prestações em concreto”, mas, também, a possibilidade de desenvolvimento da função de “reconciliar demandas conflituosas quanto a recursos escassos”. A escassez de recursos surge, portanto, como cláusula limitadora associada à ideia de eficiência da ação estatal, destacando o imperativo de maximização dos meios disponíveis e nesse contexto, em que as escolhas traduzidas em

<<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,numero-de-casos-de-doencas-negligenciadas-continua-crescendo-no-pais,70001648048>> Acessado em 10/05/2018.

²²⁸ Regulados pela Lei nº 4.320/64, arts.40 a 46.

²²⁹ Regulada pela Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), art. 91.

²³⁰ Decreto-Lei nº 200, art.91.

²³¹ Lei nº 4.320/64, art. 7º, I.

²³² SCAFF, Fernando Facury e NUNES, Antônio José Avelãs. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p.105-107.

²³³ VALLE, Vanice R. L. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pp.51 e 86.

políticas públicas, se não revelarem trágicas, traduzem quando menos uma lógica redistributiva.

2.2. O papel da jurisdição

Como vimos no item anterior, é de responsabilidade do Poder Legislativo mediante o sistema orçamentário fazer as “escolhas trágicas” de eleição de prioridades de gastos públicos, a serem implementadas. Tal atribuição do Parlamento pode ser denominada de “discricionariedade do legislador”²³⁴, a qual trata-se da possibilidade de escolha pelo legislador dos objetivos de curto e médio prazo que devam ser implementados visando alcançar as metas estabelecidas na Constituição.

Apesar de todos os atos legislativos serem discricionários – em menor ou maior grau –, as alternativas que o legislador poderá adotar são limitadas pela Constituição, a qual determina uma moldura dentro da qual a atividade legislativa pode se desenvolver validamente, ou seja, a Constituição estabelece parâmetros aos quais a legislação deve-se adequar, oferecendo uma orientação que se opera em dois planos distintos: no plano formal – estabelecendo procedimentos e regras de competências legislativas entre os entes federativos – e no plano material – através dos direitos e garantias fundamentais que limitam o conteúdo possível da legislação.²³⁵ Neste sentido, Canotillo irá afirmar que a vinculação dos órgãos legislativos significa o dever de conformação destes com as “relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo as medidas e directivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias”.²³⁶

No tocante aos direitos sociais, o constituinte brasileiro delimitou esta discricionariedade legislativa ao criar um grande número de obrigações que vinculam o montante arrecadado dos tributos e receitas à garantia de um

²³⁴ SCAFF, Fernando Facury; NUNES; Antonio José Avelã. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p.105.

²³⁵ COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de Razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008. p.37-44.

²³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. p.440.

“orçamento mínimo social”. No caso da saúde, esta se beneficia de fontes próprias de financiamento, isto porque, conforme o parágrafo 1º do artigo 198 da Constituição Federal, “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”.²³⁷

A Constituição, no parágrafo 2º do artigo 198²³⁸, ainda definiu os recursos mínimos que cada ente federativo deverá aplicar, anualmente, no custeio dos gastos com o Sistema Único de Saúde, e no parágrafo 3º, do mesmo artigo²³⁹, previu a criação de Lei Complementar para estabelecimento dos percentuais de que trata o parágrafo anterior, os critérios de rateio dos recursos, as normas de fiscalização e controle de despesas com a saúde, e as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. Ambos parágrafos (2º e 3º) foram acrescentados pela Emenda Constitucional nº 29 de 13 de Setembro de 2000, que também acrescentou o artigo 77 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que previu as regras para assegurar

²³⁷ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.”

²³⁸ “§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.”

²³⁹ “§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 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 - (revogado);”

os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde até o ano de 2004.²⁴⁰

Posteriormente, em 2012, entrou em vigor a Lei Complementar 141²⁴¹, que ao regulamentar o §3º do artigo 198 da Constituição Federal, instituiu os percentuais mínimos do produto da arrecadação de impostos e o valor mínimo e normas de cálculo do montante mínimo a ser aplicado, anualmente, pelos entes federativos e critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos demais entes federados. E atualmente, vigora a “polêmica”²⁴² Emenda Constitucional nº 95²⁴³ (publicada em 15 de Dezembro de 2016) a qual institui o chamado “Novo Regime Fiscal”, que limita por 20 anos o crescimento das despesas primárias à taxa de inflação, e que, tende a reduzir a participação das despesas primárias com a saúde e educação em relação ao Produto Interno Bruto.

Não obstante, os recursos públicos serem vinculados no intuito de garantir o “orçamento mínimo social”, como acabamos de expor, resta, ainda, uma margem para a discricionariedade do legislador ao definir como serão

²⁴⁰ “Art. 7º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 77: Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: I – no caso da União: a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento. § 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei. § 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal. § 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.”

²⁴¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.

²⁴² VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo P. de Sá. **O Direito à saúde no Brasil em tempos de crise Econômica, Ajuste Fiscal e Reforma Implícita do Estado**. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas V.10 N.3 2016.

²⁴³ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Emenda Constitucional nº 95²⁴³, de 15 de Dezembro de 2016.

alocados os recursos públicos destinados à saúde, se em campanhas de erradicação da malária ou em hospitais para tratamento de oncologias; ou em ambos, reconhecendo neste caso que a repartição de recursos implicará em dar mais importância a uma opção em detrimento da outra.²⁴⁴

Estas escolhas, feitas pelo Legislador no âmbito orçamentário, podem ser flexibilizadas através de mecanismos que poderão alocar mais poder ao Executivo, como o contingenciamento ou limitação de empenho, regulamentados na Lei de Responsabilidade Fiscal²⁴⁵ (segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias) e os créditos adicionais, que poderão ser suplementares, especiais ou extraordinários²⁴⁶.

É possível visualizar, portanto, uma clara distinção entre o papel da jurisdição e do Poder Legislativo. Cabe ao Judiciário a resolução de conflitos de acordo com a Constituição Federal e as demais leis, e não substituir o Poder Legislativo, convertendo a discricionariedade do legislador, que é a escolha dos objetivos de curto e médio prazo a serem implementados visando alcançar as metas estabelecidas na Constituição, em discricionariedade judicial. Muitos profissionais que operam o direito, como juízes e membros do Ministério Público, acabam por assumir uma “função de verdadeiros ‘paladinos da justiça’, deixando muitas vezes a legislação de lado e interpretando diretamente a Constituição a seu talante”.²⁴⁷

²⁴⁴ SCAFF, Fernando Facury; NUNES; Antonio José Avelã. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 106.

²⁴⁵ “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.” Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000.

²⁴⁶ “Art. 40. São créditos adicionais, as autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento.

Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em: I - suplementares, os destinados a refôrço de dotação orçamentária; II - especiais, os destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica; III - extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevistas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública.” Lei nº 4.320 de 17 março de 1964.

²⁴⁷ SCAFF, Fernando Facury e NUNES, Antônio José Avelãs. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p.107.

Neste sentido, apesar das críticas ao princípio da separação dos poderes (com argumentos bastante relevantes²⁴⁸), é possível visualizar em seu conteúdo nuclear e histórico, uma diferenciação entre o papel ou função típica que deve ser exercido por cada Poder da República. Nas palavras de BARROSO, “as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto”.²⁴⁹ Logo, a ideia de divisão de funções estatais entre os órgãos diversos e o controle recíproco leva a uma especialização funcional e à necessidade de independência orgânica de cada um dos Poderes em detrimento dos demais.

Entretanto, tem prevalecido a convicção de que a justiça só pode ser concretizada por meio do Poder Judiciário e não pelos demais Poderes Políticos. E um dos motivos se deve ao fato de que, nos últimos anos, muitos casos de corrupção envolvendo integrantes dos poderes executivo e legislativo no Brasil, têm sido constantemente noticiados pela mídia em geral. O que não é um fato novo, pois a corrupção de agentes políticos vem ocorrendo através da história na política brasileira. E isto tem levado à descrença geral da população em relação à política majoritária, especialmente, ao descrédito nos Partidos políticos conforme apontam algumas pesquisas.²⁵⁰

O Papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, criando leis, nem substituir o Poder Executivo, administrando os recursos públicos. Corre-se o risco de isto transformar a discricionariedade legislativa

²⁴⁸ Para Virgílio A. da Silva “o que é compreendido como a ‘teoria da separação dos poderes’ é, no entanto, uma simples visão enviesada das idéias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma”. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: NETO, C.; SARMENTO, D. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

²⁴⁹ BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 5. ed. 2015. p. 208.

²⁵⁰ Segundo pesquisa feita, em julho de 2018, pelo “IBOPE Inteligência”, a confiança do brasileiro nas instituições é a mais baixa desde 2009, sendo que o índice de confiança social na instituição presidente é a menor de todas, em uma escala de 0 a 100, atinge somente 13 pontos. Já os partidos políticos amargam a segunda colocação no ranking com apenas 16 pontos. Por outro lado, o Ministério Público mantém a 11ª posição com 49 pontos (eram 54 em 2017) enquanto o Poder Judiciário aparece em 12º lugar com 43 pontos. Disponível em: <<http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/confianca-do-brasileiro-nas-instituicoes-e-a-mais-baixa-desde-2009/>>. Acesso em: 24 abr 2018.

em uma discricionariedade judicial. Segundo Rogério Gesta Leal os “direitos sociais” possuem vinculatividade normativa geral, na forma de parâmetros de controle social, administrativo e judicial – como é o caso do controle de constitucionalidade das leis –, o que possibilita, de certa maneira, a produção de discursos legitimadores no âmbito político constitucional, por parte do Poder Judiciário, levando a excessos que prejudiquem as tradicionais instituições democráticas.²⁵¹ Segundo o autor

este fórum da razão pública rawlsniano, além de fazer colocar em marcha o sistema jurídico em nível de solução de controvérsias, tem produzido discursos legitimadores na esfera da política constitucional e de seus objetos sociais, e esta é uma nova atribuição à judicatura que deve ser bem executada sob pena de excessos desestabilizadores das instituições democráticas (...) não creio que isto possa se dar de forma neutra e objetiva como preconiza Rawls, com a limitação dos seus próprios valores sociais, haja vista que não são seres insensíveis à tradição e conjuntura que os identifica no tempo e espaço que ocupa.²⁵²

Com efeito, Habermas já nos advertiu sobre o perigo de se transformar o discurso jurídico, produzido pelo Judiciário, no caso concreto de aplicação da lei, em um discurso legislativo legitimado, sem se submeter ao crivo do processo político de deliberação pública. Aderir a uma racionalidade ilimitada da decisão judicial como objetiva e neutra, presume uma racionalidade diferente da do legislador – com forte carga ideológica em seus objetivos e interesses e uma cosmovisão própria do mundo e da sociedade, produzida no confronto cotidiano da arena política –, mas que tem legitimidade para outorgar, concretamente, sentidos e possibilidades normativas, transformando

²⁵¹ Ainda segundo o autor, “este fórum da razão pública rawlsniano, além de fazer colocar em marcha o sistema jurídico em nível de solução de controvérsias, tem produzido discursos legitimadores na esfera da política constitucional e de seus objetos sociais, e esta é uma nova atribuição à judicatura que deve ser bem executada sob pena de excessos desestabilizadores das instituições democráticas (...) não creio que isto possa se dar de forma neutra e objetiva como preconiza Rawls, com a limitação dos seus próprios valores sociais, haja vista que não são seres insensíveis à tradição e conjuntura que os identifica no tempo e espaço que ocupa”. LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais. Os desafios do poder Judiciário no Brasil**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009. p.11.

²⁵² “Por mais boa vontade que informe o ativismo judicial (...) a verdade é que isto tem implicado a retração do ativismo social em face de problemas e questões de ordem e natureza políticas, fragilizando os laços republicanos da cidadania que deveria assumir suas funções e feições constituintes do espaço democrático das deliberações públicas.” LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais. Os desafios do poder Judiciário no Brasil**. Livraria do Advogado. Porto alegre, 2009. p.11.

o discurso jurídico em discurso legislativo sem passar, todavia, “pela mesma arena democrática de deliberação pública”.²⁵³

Entretanto, é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos ou outros (...) Isso sugere que se ancoram as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma ‘sociedade aberta dos interprete da constituição’, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade.²⁵⁴

Apesar da notória crise de eficiência e identidade dos poderes políticos (Legislativo e Executivo) no Brasil, tal fato não autoriza a supressão de competências e funções institucionais, nem mesmo permite uma nova concentração de poder na mão de poucos, os quais não possuem o consentimento direto da soberania popular. “O próprio instituto da balança e contrapeso das funções estatais tem como fundamento exatamente o necessário equilíbrio institucional e o respeito às deliberações da soberania popular”.²⁵⁵

Deslocar a decisão para o Judiciário em situações que tratem de “escolhas difíceis”, é entregar a ele competências de outros Poderes, as quais, o Judiciário não foi legitimado pelo voto. A própria Constituição atribui garantias próprias à magistratura no intuito de garantir o desempenho de seu ofício sem ser influenciado pelas pressões momentâneas, sob a influência da opinião pública. Ao judiciário, portanto, competiria somente verificar a razoabilidade e a facticidade dos motivos fáticos razoáveis apresentados pelo Estado quando do descumprimento, concretamente, da norma constitucional assecuratória de prestações positivas, sem, entretanto, entrar no mérito da escolha. Ao menos

²⁵³ “Por mais boa vontade que informe o ativismo judicial (...) a verdade é que isto tem implicado a retração do ativismo social em face de problemas e questões de ordem e natureza políticas, fragilizando os laços republicanos da cidadania que deveria assumir suas funções e feições constituintes do espaço democrático das deliberações públicas.” LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades Eficáciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. pp.46, 86-87.

²⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.278.

²⁵⁵ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficáciais dos direitos fundamentais sociais. Os desafios do poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.88-89.

esta é visão daqueles que levam em conta que num contexto de escassez moderada de recursos, todos os direitos têm custos.²⁵⁶

Não estamos aqui a negar a importância do papel daqueles que integram o sistema jurídico (Defensoria Pública, Ministério Público, Juízes e Tribunais) na defesa e luta pela concretização dos direitos sociais prestacionais, especialmente o direito à saúde. Mas, sim, para chamar a atenção aos riscos para a democracia de um ativismo judicial praticado de forma excessiva no âmbito dos direitos sociais, transformando o Judiciário na principal agência de decisão sobre as políticas públicas e as escolhas alocativas feitas neste campo. Ao tratarmos da efetivação dos direitos prestacionais de segunda geração, devemos reconhecer a importância da contribuição do Poder judiciário na proteção destes direitos, mas também reconhecer que este não deve ser o protagonista.

2.3. Controle jurisdicional das políticas públicas

A questão envolvendo o controle jurisdicional das políticas públicas, gira em torno dos limites e possibilidades dessa particular ação de controle, com destaque de velhos debates, como a separação e harmonia entre os poderes, e também novos, como a falta de aptidão funcional do Poder Judiciário para uma ação corretiva, ou até substitutiva no âmbito das políticas públicas. E este último apontamento representa um parâmetro ou critério de grande relevância a ser observado pelos juízes e tribunais, quando do julgamento de demandas judiciais por medicamentos de alto custo – é que a falta de capacidade técnica e de critérios adequados (como a medicina baseada em evidências) pode estar

²⁵⁶ “Haveria, em síntese, uma presunção de ilegalidade ou irregularidade da conduta estatal aparentemente desconforme com o programa ou regra constitucional ou legal, devendo a Administração Pública demonstrar suas razões, não como razões de estado, mas como razões de convencimento, sua motivação para a escolha de que interesse seriam sacrificados. Demonstrada a ponderabilidade dessas razões, não poderia o Judiciário se substituir ao Administrador”. AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In (org.) TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.116-117.

ensejando a prolação de decisões contrárias ao sistema de saúde e a ciência-médico-farmacêutica.²⁵⁷

Ao ser provocado o Poder Judiciário fica pressionado a responder aos reclamos da coletividade. E sem possuir respostas específicas para o estado de coisas inconstitucional produzido pela ineficácia de determinado direito fundamental, tende a aplicar as tradicionais formas de composição de conflito, manifestando-se, na visão de muitos, de forma ativista. Conforme aponta Vanice do Valle, existem críticas de que tal manifestação não tem se identificado com tanta frequência orientando-se à centralidade dos direitos fundamentais como fio condutor do raciocínio jurídico desenvolvido, mas tem se voltado a uma forte orientação pragmatista, articulada no centro de um discurso que busca ampliar as competências de conhecimento, e com isso, de criação de soluções normativas, “caminhando para uma linha de fronteira com o governo dos juízes”.²⁵⁸

Neste sentido, sustenta Matthew M. Taylor que o Poder Judiciário possui um impacto significativo na elaboração das políticas públicas porque os tribunais influenciam a definição das alternativas pelo sistema político. No Brasil, considerando apenas as políticas implementadas pelo governo federal, “o sistema é altamente majoritário quando se trata do processo de deliberação de políticas públicas, mas tende para a forma consensual durante o processo de implementação das políticas”²⁵⁹. Isto se deve ao fato de que os tribunais acabam por ampliar o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas, mesmo depois de serem aprovadas por amplas maiorias legislativas.

²⁵⁷ SCHULZE, Clenio Jair. **A judicialização da saúde no século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. p.94.

²⁵⁸ “O ativismo brasileiro, portanto, centra-se no ativismo jurisdicional como mecanismo a assegurar a ampliação de competências (formal e normativa), caminhando para uma linha de fronteira com o governo dos juízes. Mas não qualquer juiz, já que a vinculatividade das decisões tornou-se um traço marcante do nosso sistema: por intermédio dela, reduz-se o espaço de atuação dos demais órgãos na dinâmica político-institucional interna ao judiciário”. VALLE, Vanice R. L. do (org.). **Ativismo jurisdicional e Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. p.136.

²⁵⁹ TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as Políticas Públicas no Brasil**. Dados-Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol.50, nº2, pp.229-257. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582007000200001&script=sci_abstract&lng=es>. Acesso em: 24/07/2018.

A expressão “políticas públicas”, para Vanice do Valle, “consiste em uma decisão quanto ao percurso da ação formulada por atores governamentais, revestida de autoridade e sujeita a sanções”²⁶⁰. Este conceito demonstra que a ideia de política pública é composta, portanto, por métodos pelos quais se formulam as escolhas públicas, bem como por seus atores e suas correspondentes competências e autoridade, além das consequências dessa opção estratégica.

É possível distinguir etapas (ou fases) que constituem um modelo sequencial das políticas públicas (ou um ciclo de políticas públicas²⁶¹) as quais nem sempre são desenvolvidas de forma linear, mas que acontecem em algum momento da vida de uma política pública.

A primeira etapa (ou fase principal) trata-se do “reconhecimento ou identificação do problema” – onde são observados todos os dados da realidade que possam informar qual o quadro de ações pode vir a ser eventualmente reclamado. Para Leonardo Secchi “um problema é a discrepância entre o ‘status quo’ e uma situação ideal possível, a diferença entre o que é e aquilo

²⁶⁰ VALLE, Vanice R. L. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.32. Ainda sobre a definição de políticas públicas: “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”, GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.21; “políticas públicas são programas de ação governamental visando ordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”, BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.239; “políticas públicas constituem o conjunto organizado de normas a atos tendentes à realização de um objetivo determinado”, COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/364>>; “a expressão políticas públicas pode designar, de forma geral, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (...) envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento nas mais diversas áreas”, BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado, Vol.1, nº 3, p.17-54.

²⁶¹ Segundo Leonardo Secchi “ O processo de elaboração de políticas públicas (policy-making process) também é conhecido como ciclo de políticas públicas (policy cycle). O ciclo de políticas públicas é um esquema de visualização e interpretação que organiza a vida de uma política pública em fases sequenciais e interdependentes”. SECCHI, Leonardo. **Políticas Pública: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 33.

que se gostaria que fosse a realidade pública”.²⁶² Assim sendo, se por um lado, um problema público pode surgir subitamente, como por exemplo, uma catástrofe natural de grande magnitude. Por outro lado, pode ganhar importância aos poucos, como o congestionamento nas cidades, ou ainda, pode estar presente por muito tempo e não ter atenção a suficiente em razão de um certo “comodismo”, como no caso da favelização das periferias nos grandes centros urbanos.

A segunda etapa trata-se da “formação da agenda”, compreendendo a fixação de prioridades, ponto em que o dilema das escolhas públicas se coloca de forma mais aguda, seja no tocante aos ‘trade-off’ que, eventualmente terão de ser decididos, seja no que toca à abertura democrática para essas mesmas escolhas²⁶³; A agenda é um conjunto de problemas ou temas relevantes, os quais entram e saem, ganhando notoriedade e relevância, e depois se “desinflam”. A limitação de recursos humanos, materiais e financeiros, bem como a falta de interesse político ou ainda de pressão popular, podem fazer que alguns problemas não continuem na agenda por muito tempo.

A formulação da política é reconhecida como a terceira etapa das políticas públicas, pois é a fase em que se explorará as várias possibilidades de ação para identificação de uma métrica a ser aplicada a essas múltiplas possibilidade de ação estatal; Segundo Secchi, a fase de formulação de alternativas de solução se desenvolve através de “escrutínios formais ou informais das consequências do problema, e dos potenciais custos e benefícios de cada alternativa disponível”.²⁶⁴ Nesta etapa são elaborados os métodos, os programas, as estratégias ou ações que poderão alcançar os objetivos estabelecidos.

A quarta etapa trata-se da escolha da alternativa estratégica ou tomada de decisão. Nela a escolha da política pública a ser implementada é feita por um juízo técnico e político, o que tornará possível também a definição das

²⁶² SECCHI, Leonardo. **Políticas Pública: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p.34.

²⁶³ VALLE, Vanice R. L. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 36 e 45.

²⁶⁴ SECCHI, Leonardo. **Políticas Pública: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p.37.

metas e resultados pretendidos e os correspondentes indicadores de desempenho. Esta fase representa o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções de enfrentamento de um problema público são explicitadas.²⁶⁵

Já a quinta etapa refere-se à implementação ou execução da política pública eleita, que é a fase da concretização das atividades apontadas na formulação, ou seja, onde ocorrerá a materialização dessa estratégia com eventuais correções. É a fase em que regras, rotinas e processos sociais são convertidos de intenções em ações. Esta etapa guarda íntima relação com o período de maturação previsto para aquela mesma política pública, ou seja, não é porque se iniciou a sua implementação que os resultados projetados para ela já terão se produzidos. Isto porque, poderá ocorrer reconfiguração ou ajuste na própria estratégia.²⁶⁶

Por fim, a sexta etapa trata-se da avaliação de resultados da política. É a fase onde se dará a diagnose dos resultados atingidos, (re)legitimando a ação adotada e agregando informações ao capital de conhecimento da Administração Pública, o que permitirá o redirecionamento de ações posteriores. Segundo Leonardo Secchi, a avaliação de uma política pública compreende a definição de critérios, indicadores e padrões (“performance standards”). Os critérios são mecanismos lógicos que servem como base para escolhas ou julgamentos, abastecendo o avaliador de parâmetros para julgar se uma política pública funcionou bem ou mal. Os indicadores são artifícios (“proxies”) que podem ser criados para medir entradas do sistema (“input”), “output” e resultado (outcome). Já os padrões ou parâmetros dão uma referência comparativa aos indicadores.²⁶⁷

Assim sendo, a relação das políticas públicas com as múltiplas dimensões do tempo no agir estatal merece destaque, visto que, as ações estatais, da Administração Pública, não são em si instantâneas, mas projetadas

²⁶⁵ SECCHI, Leonardo. **Políticas Pública: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p.40.

²⁶⁶ VALLE, Vanice R. L. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.43.

²⁶⁷ SECCHI, Leonardo. **Políticas Pública: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p.50.

no tempo. “Aquilo que se identifica como política pública a ser desenvolvida objetiva funcionar como pauta de regência do agir do Estado por um determinado período de tempo”.²⁶⁸ Neste sentido, Bucci afirma que as políticas públicas são “metas coletivas conscientes”, conceituando-as como programas de ação governamental que visam “coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.²⁶⁹

O caráter cada vez mais plural das complexas sociedades contemporâneas constitui dificuldades que irão interferir nas escolhas públicas, sobretudo na segunda e terceira etapa (formação da agenda e formulação da política), nas quais se abrem as diferentes reivindicações e expectativas dos grupos sociais e são apresentados os distintos pontos de vista sobre um mesmo problema, que, por sua vez, podem sugerir diferentes soluções. Este fato pode ser relacionado, de certa forma, à ideia de poliarquia apresentada por Robert Dahl, no sentido de que uma sociedade moderna, dinâmica e pluralista “dispersa o poder, a influência, a autoridade e o controle para além de um único centro e os aproxima de uma variedade de indivíduos, grupos, associações e organizações”.²⁷⁰

Com efeito, as políticas públicas devem se dividir entre aquilo que o governo pretende fazer, e o que, de fato, ele realmente faz, visto que a omissão governamental é tão relevante quanto a ação. A relevância desta omissão merece destaque nesta pesquisa porque é no âmbito das omissões governamentais que o controle judicial das políticas públicas tem atuado na maioria dos casos, substituindo parte da tarefa que compete ao governo e, conseqüentemente, prejudicando seriamente o planejamento estatal.

Ao se verificar que as políticas públicas expressam decisões construídas a partir do signo da ‘multiplicidade’, e não de ser entendidas “numa perspectiva

²⁶⁸ VALLE, Vanice R. L. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.46.

²⁶⁹ BUCCI, Maria de Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.241.

²⁷⁰ Ainda segundo Robert Dahl, citando Vanhanen (1984): “A democracia irá surgir sob condições nas quais os recursos de poder foram tão amplamente distribuídos, que nenhum grupo consegue mais suprimir seus competidores ou manter sua hegemonia”. DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p.396.

de 'continuidade', de projeção para o futuro, de resultados almejados, e de obrigações que se tenha por instrumentais ao alcance desses mesmos efeitos"²⁷¹, surge o problema de como conciliar uma ciência que tradicionalmente opera sob a ótica da rigidez e da retrospectiva, como o direito, com uma outra seara do conhecimento que opera necessariamente com a adaptabilidade e a necessária visão de futuro. Desta diferenciação, corre-se o risco de uma união desarranjada entre os dois sistemas cognitivos, "com uma apropriação pelo direito de discurso do controle das políticas públicas, numa prática mais retórica do que incorporadora dos potenciais úteis desse mesmo conceito".²⁷²

A Constituição pode fixar heterovinculações ao agir do Estado de várias formas. Estas heterovinculações dizem respeito aquilo que foi eleito como pauta primária de atuação imposta ao poder político organizado. Apresentam-se, como cláusulas de bloqueio ao agir do poder (direitos fundamentais), como deveres de conduta, ou ainda, como garantias de situações jurídicas que, se não atendidas, devem ser reparadas. Quando a Constituição prioriza algum tema na agenda de agir do poder – como por exemplo a determinação de que o direito à saúde é um dever do Estado –, mas não especifica a ação concreta a ser executada para implementação da política pública correspondente – e no caso do direito à saúde há uma certa indeterminação do conteúdo deste dever –, caberá ao controle jurisdicional exigir o cumprimento desse dever primário, que é o de formulação, através de mecanismos institucionais próprios e democráticos, da política pública cabível. Sendo que, em qualquer das hipóteses, a intenção da Constituição é que "a escolha pública se dê através dos mecanismos deliberativos – e nesse sentido, uma atuação substitutiva, ainda que de um judiciário muito bem intencionado, não restaura a normalidade constitucional".²⁷³

²⁷¹ VALLE, Vanice R. L. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.35-36.

²⁷² "Uma política pública se constrói a partir não de um conjunto de decisões inter-relacionadas (...) se projeta no mundo da vida onde incidem não só vetores jurídicos, mas toda a riqueza de questões econômicas, técnicas, sociais; bem como as disputas e múltiplos interesses presentes na sociedade." VALLE, Vanice R. L. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.35-36.

²⁷³ VALLE, Vanice R. L. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.69

O encontro entre a insuficiência da ação estatal e a violação dos direitos fundamentais tem determinado uma intensa multiplicação das decisões judiciais que afirmam empreender ao controle de políticas públicas. O resultado desejável da ação de controle é reconduzir aquele que é destinatário inicial do cometimento constitucional ao desenvolvimento regular de suas atribuições. Ou seja, se uma providência imediata de controle corretivo pode ser deflagrada pela inércia administrativa (omissão do poder público competente), dela não deve resultar uma reação que reforce a inatividade – na medida em que desonere o responsável original pela atuação do poder, dos custos políticos inerentes à escolha pública e à concretização de suas decisões. Essa atuação substitutiva não encontra prioridade constitucional, e muito menos se revelará capaz a, numa perspectiva estruturante, efetivamente contribuir para o aperfeiçoamento rotineiro daquela política pública ou do padrão de comportamento do ente federado descumpridor de seus próprios misteres constitucionais.²⁷⁴

No caso do direito à saúde em geral, e particularmente do fornecimento de medicamentos de alto custo, esta situação é problemática, pois, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele também é limitado por uma série de motivos estruturais, como por exemplo, a falta de preparação dos juízes para decidir tecnicamente sobre o tema (consequência de problemas estruturais na educação jurídica, do uso da medicina baseada em evidência) e a estrutura dos próprios tribunais feita para decidir questões da microjustiça²⁷⁵ - os juízes tratam dos problemas dos direitos sociais, de caráter coletivo, como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais²⁷⁶.

²⁷⁴ VALLE, Vanice R. L. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.72-74.

²⁷⁵ Segundo Gustavo Amaral, “não se trata, por óbvio, de uma deficiência dos julgados, mas de uma característica das decisões judiciais. O judiciário está aparelhado para decidir casos concretos, lides específicas que lhe são postas. Trata ele, portanto, da microjustiça, da justiça do caso concreto (...) A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça”. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001. p.39.

²⁷⁶ Segundo Virgílio Afonso da Silva, “esse caráter coletivo exige, como não poderia deixar de ser, políticas que são pensadas coletivamente, algo que os juízes não fazem. Não fazem não

O “voluntarismo irracional” do Judiciário²⁷⁷ ao distribuir tratamentos médicos e medicamentos que demandam gastos consideráveis em razão do grande número de pleitos judiciais atualmente²⁷⁸, realizado de forma individual (desconsiderando as políticas na área da saúde já em desenvolvimento pelo governo e todo o planejamento já estabelecido) prejudica outras políticas públicas (tanto na área da saúde como em outras áreas), mesmo que sejam resolvidos alguns casos isolados. Os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, desconhecem a dimensão global das políticas públicas de saúde, pois, diante de um quadro fático e insuperável de escassez moderada de recursos, o dinheiro terá de ser transferido de outras áreas.

A máxima (antiutilitarista) de que a vida não tem preço deve ser levada a sério, no sentido que não se pode negociá-la, sob um valor monetário de mercado. Contudo, o cuidado e a assistência à saúde tem preço, e não são baixos. Profissionais de saúde recebem salários. Medicamentos, próteses, exames laboratoriais, procedimentos cirúrgicos, hospitais e ambulâncias, etc., demandam uma grande quantidade de recursos financeiros. E estes recursos quando dispendidos para o cumprimento das decisões judiciais não sai do “bolso” do corrupto ou da redução da ineficiência do administrador dos recursos públicos, mas sim, do orçamento existente direcionado a cobrir os gastos com a saúde de toda população.

necessariamente porque não querem, mas porque, entre outras coisas, os tribunais não são estruturados para agir dessa forma e porque os juízes não dispõem das informações complexas que a implementação de políticas públicas requerem”. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: NETO, C.; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 595.

²⁷⁷ Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, “Claro está, pois, que o Judiciário transforma-se em arena de uma luta que o transcende (...) à falta de soluções gerais, na alteração significativa das regras do jogo, em termos culturais e jurídicos e em práticas concretas, podemos ver-nos diante de paradoxos incompreensíveis: ou legitimando uma tirania do Legislativo e do Executivo, cercados por anéis burocráticos e interesses privatísticos, impondo às classes populares a conta do desenvolvimento nacional, ou legitimando uma ditadura do Judiciário, que em nome da defesa das liberdades burguesas auxilia a reprodução das distorções sociais existentes, ou em nome de uma atuação transformadora sem meios para agir globalmente, corre o risco de ser entendido como sinalizando o voluntarismo irracional”. LOPES, Jose Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, Jose Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.142.

²⁷⁸ SCHULZE, Clenio Jair. **A judicialização da saúde no século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. p.142.

O controle jurisdicional das políticas públicas, no que tange à judicialização da saúde, sobretudo nos casos envolvendo demandas judiciais por medicamentos de alto custo, como vem sendo desenvolvido no Brasil, conforme aponta Octávio Ferraz, pode estar criando um sistema de saúde de “duas portas”: uma 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, inevitavelmente, tem acesso limitado, e mais limitado ainda pelo redirecionamento de recursos que beneficia aqueles que entraram pela outra porta. Como se a vida não tivesse preço, mas a vida de alguns tivesse menos preço que a vida de outros.²⁷⁹

2.3.1 A ADPF nº 45 e o controle jurisdicional de políticas públicas de saúde em sua matriz “coletiva” de atendimento

No âmbito das ações de saúde, podemos distinguir duas situações em que tem se deparado a Suprema Corte brasileira. Na primeira hipótese, o direito à saúde é colocado em sua matriz “coletiva”, em razão da natureza da demanda, a exigir uma atuação de viés universal e igualitário em favor de um segmento de pessoas ou, ainda, exigir a retificação de ações públicas deficientes nas suas estruturas de atendimento a um certo tipo de serviço.²⁸⁰

Já a segunda hipótese trata das demandas individuais, a qual, diante da alegação de inexistência ou insuficiência de políticas públicas de saúde, se busca uma prestação individual, ou seja, uma prestação material específica àquele demandante (apesar de figurar no polo ativo também o Ministério Público e a Defensoria Pública em alguns casos) que alega ter sua integridade física ou vida em risco. Nestes casos, em razão do envolvimento profundo com questões sobre demandas judiciais por fornecimento de medicamentos de alto

²⁷⁹ FERRAZ, Octávio Luiz M.; WANG, Daniel Wei L. **As duas portas do SUS**. Folha de São Paulo, 19/06/2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/171851-as-duas-portas-do-sus.shtml>>. Acesso em 19 abr. 2018.

²⁸⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio de. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016. p.123.

custo, esta segunda hipótese será melhor detalhada no Capítulo 3 deste trabalho.

Na esfera da Suprema Corte, o tema das políticas públicas de saúde, em sua matriz “coletiva”, foi tratado no julgamento da ADPF nº 45 (não como questão principal), na qual se discutiu sobre a legitimidade constitucional do controle e intervenção do Poder Judiciário em temas relacionados à implementação de políticas públicas, especialmente aquelas relacionadas às ações e serviços de saúde, onde se sustentou a tese do “mínimo existencial” em detrimento da “reserva do possível” e dos limites financeiros do Estado.

A referida ação constitucional foi impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto do presidente da República ao §2º, art. 55 (renumerado para art. 59) da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/03), a qual dispunha sobre diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004. Na Arguição foi alegado que tal veto presidencial diminuiria a quantidade de recursos que seriam efetivamente aplicados em “ações e serviços públicos de saúde”, contrariando a Emenda Constitucional nº 29/2000, que estabeleceu no art. 198, §2º da Constituição, que os entes da federação devem vincular determinado percentual, a ser estabelecido em lei complementar para aplicar em ações e serviços públicos de saúde²⁸¹.

Contudo, a regra geral legal que resultou da edição da Lei nº 10.777/2003, reproduziu o preceito que veio a ser vetado pelo Presidente da República, conforme o conteúdo constante no §2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003²⁸², o que, ao final, culminou na colmatação da própria omissão normativa que foi alegada por descumprir o preceito fundamental.

²⁸¹ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.”

²⁸² “Art. 1º O art. 59 da Lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: “Art. 59 (...) §3º Para os efeitos do inciso II do caput deste

No despacho emanado pelo Ministro Celso de Mello é afirmado que a atribuição de julgar a ADPF 45 conferida ao STF evidencia a “dimensão política da jurisdição constitucional” conferida àquele tribunal, que possui o encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais. Também que o desrespeito à Constituição, por parte dos poderes políticos (Executivo e Legislativo) poderá ocorrer de duas maneiras: a primeira, mediante uma ação estatal, como a edição de normas ou ações em desacordo com a Constituição de 1988 (inconstitucionalidade por ação), e a segunda, mediante inércia governamental, como deixar de adotar medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição (inconstitucionalidade por omissão).

O Ministro reconheceu que não é atribuição ordinária do Poder Judiciário a formulação e implementação de políticas públicas, contudo, excepcionalmente, terá esta atribuição, o judiciário, quando os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos que possam comprometer a eficácia e a integridade dos direitos individuais e/ou coletivos, mesmo que derivado de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Foi conferido também relevo ao tema pertinente à “reserva do possível”, considerando que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais”, que se caracteriza pela gradualidade de seu processo de concretização, está limitada pela capacidade econômico-financeira do Estado, nas palavras do Ministro

de um vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Entretanto, o Ministro se posicionou a favor da tese do “mínimo existencial” afirmando não ser lícito ao Poder Público manipular sua atividade financeira e político-administrativa com o intuito de “criar obstáculo artificial” que tenha a intenção de “fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento

artigo, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza; § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004”. (NR)

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

Neste caso, considerando não ser absoluta a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder executivo nas questões envolvendo a formulação e execução de políticas públicas, na opinião do Ministro, se justifica a intervenção do Poder Judiciário se tais poderes políticos “agirem de modo irrazoável ou precederem com a clara intenção de neutralizar” a eficácia dos direitos sociais afetando o mínimo existencial – “núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”.

A regra, portanto, é que a implementação e execução de políticas públicas (entre elas as de saúde pública) é atribuição precípua do Poder Executivo, que o faz, tomado decisões alocativas dentro de sua margem discricionária (e não arbitrária), segundo critérios consistentes de razoabilidade, “a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal”²⁸³, isto é, através de um juízo de conveniência e oportunidade²⁸⁴, o qual compõe o “mérito” do ato administrativo praticado.

Neste sentido, Maria Sylvia Z. Di Pietro, afirma que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito. Enquanto o primeiro refere-se à conformidade do ato com a lei, o segundo (o mérito) diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público, se relacionando, portanto, “com a intimidade do ato administrativo, concernente ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos”.²⁸⁵ O exame

²⁸³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.916.

²⁸⁴ Conforme José dos Santos Carvalho Filho, a conveniência e oportunidade “são os elementos nucleares do poder discricionário. A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. Registre-se, porém, que essa liberdade de escolha tem que se conformar com o fim colimado na lei, pena de não ser atendido o objetivo público da ação administrativa.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2016. p.110.

²⁸⁵ Sobre o mérito do ato administrativo, acrescenta a autora: “Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade,

dos fatos (motivos do ato), a sua valoração, a sua razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins, a sua moralidade, eram vistos como matéria de mérito, insuscetíveis de controle judicial.

Contudo, com o advento da Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência passaram a se insurgir contra a concepção de insindicabilidade do mérito pelo Judiciário. Isso deu origem através da elaboração de várias teses que procuraram justificar a extensão deste controle judicial sobre o mérito: (I) a teoria do desvio de poder – que possibilitou o exame da finalidade do ato administrativo; (II) a teoria dos motivos determinantes – que permitiu o exame dos fatos e ou motivos que conduziram à prática do ato; (III) a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e sua aceitação como conceitos jurídicos que possibilitou o exame pelo Poder Judiciário do mérito; e (IV) a denominada constitucionalização dos princípios da Administração que, de certa forma, limitou a discricionariedade administrativa, ampliando o controle jurisdicional.²⁸⁶

O posicionamento do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45, reflete este movimento direcionado a uma ampliação do controle e intervenção do Judiciário nas políticas públicas, desde que tal controle seja realizado de forma excepcional, nas hipóteses em que o Poder Público vier a desrespeitar o mandamento Constitucional, no caso concreto, através de uma ação ou omissão estatal, colocando em risco os direitos fundamentais, ao menos, no que toca ao seus núcleos intangíveis naquilo que se denomina “mínimo existencial”, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Verificamos, portanto, que a ADPF nº 45 tratou do controle jurisdicional de políticas públicas de saúde em sua matriz “coletiva” de atendimento, apontando uma ampla sindicabilidade das políticas públicas quando se coloca em questão a efetivação de direitos sociais fundamentais, com a ressalva de que o precedente ocorreu em sede de decisão meramente terminativa, não tendo sido formalmente acolhida pelo colegiado. Contudo, trata-se de precedente que tem sido reiterado e citado incessantemente – particularmente,

à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos designios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.226.

²⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014. 227.

em decisões da Presidência envolvendo pedidos de suspensão de liminar ou suspensão de tutela antecipada.²⁸⁷

CAPÍTULO 3. A JUDICIALIZAÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

A judicialização da saúde no Brasil, como vimos no capítulo anterior, diz respeito ao aumento de demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, e faz parte de um contexto maior relacionado ao fenômeno da judicialização da política – que, em certa medida, trata-se de uma acentuada transferência de poder de instituições representativas, como o Legislativo e o Executivo, para o Judiciário. Já a “judicialização dos medicamentos de alto custo” é uma das maneiras como a judicialização da saúde vem sendo desenvolvida pelo judiciário brasileiro, isto porque, existem outros diversos tipos de prestações materiais estatais que também são objeto de demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, como por exemplo, tratamentos médicos, vagas em leitos de hospitais e UTIs, transplantes de órgãos, chegando, até mesmo, ao pedido de fraudas.

Diante desta variedade de tipos de prestações materiais estatais de assistência à saúde que normalmente são objeto de diversas demandas judiciais, optamos por restringir nossa pesquisa aos pedidos (individuais) por medicamentos de alto custo. Apesar de não estarmos abordando o problema da judicialização da saúde como um todo, tal delimitação tem a vantagem de uma análise mais pormenorizada da lógica argumentativa desenvolvida pelos ministros do STF em suas decisões, isto é, de uma análise mais específica dos fundamentos desenvolvidos sobre o tema, durante todo o histórico jurisprudencial do STF. Somado a isto, acreditamos também que a aquisição pela Administração Pública de medicamentos de alto custo, por exigir o dispêndio de um valor financeiro elevado, seja uma boa oportunidade de verificarmos como vem sendo tratado, pela Corte, o problema dos custos dos direitos.

²⁸⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio de. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016. p.124.

Primeiramente, buscamos identificar as principais decisões proferidas pelo STF que trataram do fornecimento de medicamentos de alto custo, através da utilização da ferramenta de pesquisa jurisprudencial disponível no portal do Supremo Tribunal Federal²⁸⁸, atualizada até o dia 20 de dezembro de 2018. Ao inserirmos as palavras-chaves: “remédios” – obtivemos 50 acórdãos e 685 decisões monocráticas; “medicamento” – 283 acórdãos e 2945 decisões monocráticas; “tratamento” – 1432 acórdãos e 15503 decisões monocráticas; “alto custo” – 27 acórdãos e 582 decisões monocráticas; “HIV” – 20 acórdãos e 179 decisões monocráticas; e “cirurgia” – 80 acórdãos e 997 decisões monocráticas. Dentre todos os acórdãos, selecionamos 112 para serem analisados, conforme o quadro abaixo:

Data	Acórdãos selecionados para análise
1999	RE 195186/RS; RE 242859/RS
2000	AI 238328 AgR/RS; RE 195192/RS; RE 257109 AgR/RS; RE 271286 AgR/RS; RE 255627 AgR/RS
2001	RE 273042 AgR/RS; RE 268479 AgR/RS;
2002	Rcl 2063 MC-QO/RJ; RE 256327/RS;
2003	Não foi encontrado nenhum acórdão especificamente sobre o tema neste período
2004	Não foi encontrado nenhum acórdão especificamente sobre o tema neste período
2005	AI 486816 AgR/RJ; RE 281080 AgR/RS; RE 264479 AgR/RS;
2006	AI 554579 AgR/RS; AI 597182 AgR/RS; AI 604949 AgR/RS; RE 393175 AgR/RS;
2007	RE 490661 AgR/RJ; AI 562703 AgR/RS; AI 648971 AgR/RS; AI 616551 AgR/GO; RE 534908 AgR/PE
2008	AI 626445 AgR-ED/RS; RE 554088 AgR/SC
2009	RE 540982 AgR/PE; AI 553712 AgR/RS; RE 407902/RS
2010	AC 2117 AgR/SC; STA 175 AgR/CE; SL 47 AgR/PE; STA 361 AgR/BA; STA 334 AgR/SC; STA 328 AgR/PR; AI 700543 AgR/RS; AI 808059 AgR/RS
2011	AI 797349 AgR/RS; RE 607381 AgR/SC; RE 626328 AgR/RS; RE 586995 AgR/MG;
2012	ARE 650359 AgR/RS; RE 668724 AgR/RS; RE 627411 AgR/SE;
2013	ARE 685230 AgR/MS; RE 724292 AgR/RS; AI 824946 ED/RS; ARE 738729 AgR/RS; RE 626382 AgR/RS; ARE 744170 AgR/RS
2014	RE 792612 ED/RN; RE 717290 AgR/RS; RE 795729 AgR/SC; ARE 803274 AgR/MG; AI 822882 AgR/MG; RE 429903/RJ; RE 818572 AgR/CE; RE 828371 AgR/RS; ARE 827931 AgR/SC; RE 827527 AgR-ED/RN
2015	ARE 857889 AgR/RS; RE 831385 AgR/RS; ARE 859350 AgR/SC; ARE 857915 AgR/RS; SL 815 AgR/SP; STA 761 AgR/DF; ARE 855197 AgR-segundo/RS; ARE 864204 AgR/PR; ARE 892114 AgR/MG; ARE 832985 AgR/RS; RE 801841 AgR/PR; RE 887734 AgR/MG; RE 884516 AgR/AL; ARE 831280 ED/MG; ARE 904217 AgR/MG; RE 814425 AgR/AL; ARE 918052 AgR/BA; ARE 894085 AgR/SP
2016	RE 924158 ED/MG; ARE 831915 AgR/RR; ARE 909527 AgR/RS; ARE 926469 AgR/DF; ARE 949341 AgR/SP; ARE 947823 AgR/RS; ARE 935824 AgR/RJ; RE 953711 AgR/PE; RE 892590 AgR-segundo/RN; ARE 963221 AgR/SC; ARE 977190 AgR/MG; RE 894385 AgR-ED/PE
2017	ARE 968012 AgR/SP; ARE 952614 AgR/SC; ARE 965343 AgR/PR; ARE 947143 AgR-segundo/PR; SL 558 AgR/DF; RE 1021259 AgR/PE; ACO 1472 AgR-segundo/PA; ARE

²⁸⁸ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> acessado em 20 de dezembro de 2018.

	1028419 AgR/RN; SL 710 AgR/SC; ARE 1049831 AgR/PE
2018	RE 1081914 AgR/SC ; ARE 1111783 AgR/PE; RE 1047362 AgR/SC; SS 5222 AgR/SP; AI 639436 AgR/RS; ARE 1103898 AgR/PE; ARE 1145731 AgR/RN; AI 669098 AgR/RS

Como o nosso objetivo foi verificar a lógica argumentativa desenvolvida na jurisprudência da Suprema Corte, nós desconsideramos as decisões monocráticas encontradas após o período de 03 de dezembro de 2007, data em que foi reconhecida a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 566.471/RN, que tratou especificamente de medicamentos de alto custo. Dentre todos os decisões monocráticas, selecionamos 127 para serem analisadas conforme o quadro abaixo:

Data	Decisões monocráticas selecionadas para análise
1988	AI 232469/RS
1999	AI 238328/RS; RE 234017/RS; RE 236644/RS; RE 237367/RS; RE 244087/RS; RE 246262/RS; RE 247352/RS; RE 247900/RS; RE 248300/RS; RE 253741/RS
2000	AI 286933/RS; RE 232335/RS; RE 234016/RS; RE 246242/RS; RE 247095/RS; RE 247119/RS; RE 253454/RS; RE 264645/RS; RE 267612/RS; RE 270890/RS; RE 271286/RS; RE 273042/RS; RE 273834/RS; RE 276640/RS; RE 277573/RJ; RE 278402/SP; RE 279519/RS; RE 280642/RS; RE 281080/RS
2001	RE 198263/RS; RE 198265/RS; RE 241630/RS; RE 247901/RS; RE 248304/RS; RE 259128/PR; RE 274744/RS; RE 298993/RS
2002	RE 244571/RS; RE 293379/RS
2003	AI 396973/RS; AI 418320/RS; AI 474623/RS; RE 259415 AgR/RS; RE 370959/RS; SS 2207/GO
2004	AI 452312/RS; AI 455986/RS; AI 457544/RS; AI 462563/RS; AI 463532/RS; AI 468961/MG; AI 503242/RS; AI 525576/RS; RE 297276/SP; RE 310031/SP; RE 342413/PR; RE 343487/RJ; RE 353336/RS; RE 411557/DF
2005	AI 540853/MG; RE 431150/ES; AI 537237/PE; RE 269272/RJ; AI 537636/RS; AI 529573/RS; RE 459175/CE; AI 458471/RS; AI 522579/GO; AI 536612/RS; AI 547758/RS; RE 400040/MT; AI 562561/RS; AI 492253/RS; AI 564978/RS; AI 417792/RS; AI 565098/RS; AI 564356/PE; AI 554582/MG; AI 564356/PE; AI 509775/RS
2006	AI 507072/MG; AI 570455/RS; AI 572782/RS; AI 574618/RS; AI 588257/RS; AI 589255/RS; AI 599675/RS; AI 605529/RS; AI 626570/RS; RE 393175/RS; RE 425974/GO; RE 462416/RS; RE 474224/MT
2007	AI 635766/RS; AI 600112 ED/RJ; RE 509569/SC; AI 575832/PR; AI 634282/PR; AI 624561/RS; AI 633455/RS; AI 642796/PR; AI 622703/RS; RE 549122/MT; RE 399664/SP; AI 597141/RS; AI 559055/RS; AI 636525/RS; AI 598057/RS; AI 661810/RS; RE 523726/ES; RE 562383/PR; AI 676926/RJ; RE 560369/ES; AI 676044/PE; AI 681814/RS; RE 554088/SC; AI 647296/SC; AI 583067/RS; AI 667205/PE; AI 662822/RS; AI 638550/RS; RE 562630/ES; RE 561000 – RN; RE 570308/RS; RE 557548/MG; AI 640652/RS; RE 568073/RN; AI 659610 - RS

Apesar de nos concentrarmos na análise de decisões apenas do STF sobre o tema, é importante destacar que as demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, têm raízes que remonta a data anterior à promulgação da Constituição Federal em 1988. É o que constatamos em breve consulta na

jurisprudencia do STJ²⁸⁹, onde verificamos que já existiam pedidos envolvendo o direito à saúde em sede de processos de previdência social pelo já extinto Tribunal Federal de Recursos.

No ano de 1979, por exemplo, identificamos um acórdão sobre o reembolso de despesas efetuadas por segurado do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), e no ano seguinte, um caso de cirurgia de urgência comprovada²⁹⁰. Outros casos semelhantes, também trataram de questões envolvendo o direito à saúde, como o pedido de indenização de despesas médico-hospitalares²⁹¹ feito ao tribunal em 1981, e de cirurgia realizada no exterior, por força maior, sem autorização prévia do órgão competente, em 1988²⁹².

Recentemente, ainda no âmbito do STJ, o Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, julgado em 25 de abril de 2018²⁹³, apesar de não se referir especificamente a demandas judiciais por medicamentos de alto custo, mas a

²⁸⁹ Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sob-medida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em: 19 abr. 2018.

²⁹⁰ “Ementa: PREVIDENCIA SOCIAL. - REEMBOLSO DE DESPESAS EFETUADAS POR SEGURADO, EM CASO DE **CIRURGIA DE URGENCIA**. - URGENCIA DA CIRURGIA COMPROVADA, NÃO HAVENDO O INPS SEQUER FEITO PROVA DE QUE DISPUSESSE DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS, PARA REALIZAR A MESMA INTERVENÇÃO, COM AS CARACTERÍSTICAS DEMONSTRADAS NOS AUTOS. - RGPS, BAIXADO COM O DECRETO N.60.501, DE 1966, ART. 112, VII. - RECURSO DESPROVIDO.” Tribunal Federal de Recursos. Acórdão proc. n. 0035029, 4ª turma, Relator: Min. José Neri da Silveira, julgado em 23 de março de 1979, DJ 06/11/1980.

²⁹¹ “Ementa: PROCESSUAL. REMESSA "EX OFFICIO". AUTARQUIA. PREVIDENCIA SOCIAL. **DESPESAS HOSPITALARES** - REEMBOLSO. E DE NÃO SE CONHECER DA REMESSA "EX OFFICIO", POR TER-SE FIRMADO A JURISPRUDENCIA DO T.F.R. NO SENTIDO DE QUE O DISPOSTO NO INC. IV DO ART. 475 DO CPC NÃO ABRANGE AS AUTARQUIAS. COMPROVADA A URGENCIA NO ATENDIMENTO HOSPITALAR DE FILIADO DO INPS, INCABIVEL A RECUSA DA AUTARQUIA EM REEMBOLSAR O SEGURADO DAS DESPESAS HOSPITALRES QUE ESTE EFETUOU, AO ARGUMENTO DE NÃO TER SIDO ELE ATENDIDO EM ESTABELECIMENTO COM O QUAL O INSTITUTO MANTEM CONVENIO. A NECESSIDADE DE IMEDIATO ATENDIMENTO HA DE PREVALECER, NO CASO.” Tribunal Federal de Recursos. Acórdão proc. n. 0065298, 2ª turma, Relator: Min. Aldair Passarinho, julgado em 15 de dezembro de 1980, DJ 13/08/1981.

²⁹² “Ementa: PREVIDENCIARIO. DESPESAS MEDICAS. **CIRURGIA REALIZADA NO EXTERIOR**. REEMBOLSO. FALTA DE AUTORIZAÇÃO PREVIA. FORÇA MAIOR. INCABIVEL O REEMBOLSO DA TOTALIDADE DAS DESPESAS EFETUADAS, DA-SE PROVIMENTO AO RECURSO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO, CONSIDERANDO ACERTADA A DECISÃO ADMINISTRATIVA ADMITINDO O REEMBOLSO NOS TERMOS DO ART. 60 DA CLPS, POR HAVER RECONHECIDO A OCORRENCIA DE FORÇA MAIOR.” Tribunal Federal de Recursos. Acórdão proc. n. 0123340, 2ª turma, Relator: Min. José Candido, julgado em 27 de novembro de 1987, DJ 10/03/1988.

²⁹³ STJ. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, Relator: Min. Benedito Gonçalves, julgado em 25 de abril de 2018, primeira Seção.

pedidos por medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS²⁹⁴, trouxe contribuições importantes ao tema do fornecimento de medicamentos ao fixar requisitos e parâmetros para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios fora da lista do Sistema Único de Saúde.

Primeiro, porque trouxe a definição de critérios materiais para basilar os julgamentos das instâncias inferiores. A tese fixada estabeleceu que constitui obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: (1) a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (2) a incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e (3) a existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, observados os usos autorizados pela agência.

Segundo, porque, conforme se verifica na tese do voto do Ministro relator, ficou estabelecido que após o transito em julgado da decisão em cada caso concreto, fossem comunicados Ministério da Saúde e à Comissão Nacional de Tecnologias do SUS (CONITEC) para que realização de estudos quanto à viabilidade de incorporação dos medicamentos (que foram pleiteados) no âmbito do SUS. Tratou-se, na opinião de Ingo Wolfgang Sarlet, de uma decisão de caráter estruturante, pois não impôs a incorporação do

²⁹⁴ Esta distinção é feita pelo próprio relator o Ministro Benedito Gonçalves em seu voto: “Não obstante a existência da similitude entre as questões discutidas, há que se destacar que elas não são idênticas. Os temas tratados nas repercussões gerais restringem-se aos medicamentos não aprovados na ANVISA (RE 657.718/MG) e aos medicamentos de alto custo (RE 566.471/RN). Aqui, o tema afetado ao rito dos repetitivos é mais abrangente. Discute-se a possibilidade de impor aos entes federados o fornecimento de medicamento não incorporado ao Sistema Único de Saúde – SUS, por meio de seus atos normativos, ou seja, pode estar ou não aprovado pela ANVISA, pode ser de alto custo ou não. Ademais, o tema repetitivo examina as disposições da Lei federal n. 8.080/1990 e dos atos normativos nela embasados, isto é, possui nítido contorno infraconstitucional, amoldando-se, pois, aos permissivos contido na alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição da República”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.657.156 – RJ. Primeira Seção. Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 26 de abril de 2017, publicado em 03 de maio de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201700256297>. Acesso em: 14 de set. 2018.

medicamento, mas apenas, limitou-se a determinar que o Poder Executivo promovesse os estudos técnicos de modo a averiguar a conveniência e necessidade de tal incorporação, demonstrando uma postura deferente por parte do Judiciário em relação ao demais atores estatais, sobretudo o Executivo.²⁹⁵

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi no início da década de 1990 que as demandas por medicamentos começaram a aparecer com força, sobretudo em pedidos de medicamentos para tratamento do HIV/AIDS. Foi um momento de construção dos primeiros critérios e parâmetros sobre o tema, os quais tem sido motivo de discussão, até os dias de hoje, na jurisprudência e na doutrina. A partir dos anos seguintes, as demandas passaram a incluir outros tipos de medicamentos, para tratamento de outras doenças como o câncer e doenças raras, bem como, outras formas de assistência estatal à saúde, como pedidos por tratamentos diversos, insumos, cirurgias, vagas em leitos de UTI, entre outros.

Reconhecendo os problemas gerados pelo crescimento do número de demandas judiciais por medicamentos de alto custo, e buscando controlá-las de forma a diminuir seu impacto negativo no sistema público de saúde, o STF, em 2009, realizou audiência pública sobre a judicialização da saúde, presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, onde participaram especialistas da área de saúde e do direito, tendo como casos emblemáticos, naquele momento, as Suspensões de Tutela Antecipada (STA) nº 175 e 178. Já no ano seguinte, foi aprovada a Recomendação 31 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual estabeleceu diretrizes aos magistrados no tocante às demandas judiciais que tratam de assistência à saúde, buscando, em certa medida, fortalecer a capacidade institucional dos tribunais.

Comentando sobre estas duas medidas adotadas pelo STF, Daniel Wang afirma que as duas respostas dadas pelo Tribunal compartilham a premissa de que tribunais bem informados, treinados e assistidos, tomando

²⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos.** Coluna do site Conjur.com.br. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>>. Acesso em: 24 maio 2018.

decisões restritas a determinados critérios, podem superar a falta de capacidade institucional e, portanto, decidir sobre a alocação de recursos públicos de saúde. Contudo, ressalta o autor que, nos casos envolvendo a judicialização da saúde, a Suprema Corte não tem agido de forma justa e racional como deveria.²⁹⁶

“De forma justa” no sentido de estar razoavelmente conforme os princípios de justiça distributiva, ou seja, de acordo com os critérios alocativos adotados durante o planejamento e elaboração das políticas públicas de saúde pelos órgãos estatais competentes. E “de forma racional”, como de acordo com a maximização dos benefícios em relação aos recursos disponíveis (relação custo-benefício), atendendo o maior número possível de pessoas, dentro de um quadro de prioridades pré-estabelecidas (como a urgência do atendimento aos portadores de doenças mais graves ou, até mesmo, o tempo maior de espera por doação de um órgão), levando-se em conta a medicina baseada em evidências e a análise da eficácia e segurança do medicamento ou tratamento médico a ser empregado.

Para Daniel Wang, a resposta mais adequada, neste caso, foi dada pelo Legislativo quando promulgou a Lei Federal 12.401/2011, que criou uma nova instituição responsável pelo sistema de avaliação das tecnologias de saúde e um novo procedimento administrativo para decidir sobre a incorporação de tratamentos no sistema público de saúde, isto porque, a resposta legislativa buscou tornar o procedimento administrativo mais imparcial, robusto e transparente, a fim de convencer os tribunais a respeitarem mais aquilo que foi decidido no âmbito administrativo.²⁹⁷

Atualmente, o Recurso Extraordinário nº 566.471//RN tem servido como o último paradigma jurisprudencial da Suprema Corte a tratar do tema. Este recurso teve repercussão geral reconhecida em 03 de dezembro de 2007 e se encontra, ainda, em julgamento, desde a última seção de julgamento realizada no dia 28 de setembro de 2016, onde já votaram três Ministros.

²⁹⁶ WANG, Daniel W. Liang. **Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses**. São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas – DIREITO GV Research Paper Series – Legal Studies, Paper n. 75, 2013.

²⁹⁷ Idem.

3.1 Paradigmas jurisprudenciais e parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal

O posicionamento da Suprema Corte brasileira, conforme seu histórico jurisprudencial, tem sido no sentido de considerar legítimo a interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, quando se trata da obrigação do Estado em fornecer medicamentos àqueles que não possuem meios suficientes para adquiri-los. Legitimidade esta, fundamentada na defesa da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, geralmente tidos como valores absolutos, em detrimento de qualquer outro argumento, seja ele de ordem econômico-financeira (custos dos direitos, reserva do possível, limites orçamentários, escassez de recursos), política (legitimidade política, princípio da separação dos poderes, discricionariedade administrativa), ou mesmo técnica²⁹⁸ (medicina baseada em evidências).

Através da análise realizada, verificamos que na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dentre os precedente mais remotos sobre o tema da judicialização da saúde, podemos destacar a decisão monocrática na Suspensão de Segurança (SS) nº 659/RS, de relatoria do Min. Carlos Velloso, de 22 de julho de 1994²⁹⁹ julgada em conjunto com a SS 674/RS. O caso envolveu uma demanda judicial, deferida pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul no sentido de compelir o órgão de saúde estadual a colocar

²⁹⁸ Segundo Schulze, a judicialização da saúde fez com que duas importantes ferramentas da técnica médica passassem a ser legalmente reconhecidas como instrumentos da Administração Pública pela Lei nº 12.401/2011: os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e a Medicina baseada em evidências. “sem olvidar outras questões como a jurídica e a econômica, tantos os ‘PCDT’ quanto a ‘BEM’ parecem oferecer uma gama razoável de soluções para os problemas técnicos. Isto porque nem tudo que é colocado no mercado pela indústria apresenta real vantagem sobre aquilo que está incorporado. De outro lado, há muitos produtos que são disponibilizados no mercado que deveriam constar das políticas públicas”. SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p.201.

²⁹⁹ STF. Suspensão de Segurança nº 659/RS, relator: Min. Carlos Velloso, julgamento em 22 de julho de 1994, DJ 03/08/1994. Ainda no ano de 1994, o caso envolvendo tratamento médico através de cobertura de internação hospitalar pelo estado do Rio Grande do Sul, o qual impetrou suspensão de segurança junto ao STF com o pedido para suspender a liminar concedida, pedido este que foi indeferido na decisão da Presidência do STF pelo Min. Octávio Gallotti, o qual afirmou que “a proteção do valor que então ficaria em perigo – a própria vida da paciente – seguramente deve ter absoluta prioridade, frente a qualquer outro valor”. STF. Suspensão de Segurança nº711/RS, relator: Min. Octavio Gallotti, julgamento em 28 de novembro de 1994, DJ 02/12/1994.

a disposição do impetrante, um menor de 18 anos, cerca de duzentos mil dólares, necessários para a realização de uma cirurgia na NASA, a agência espacial norte-americana. A cirurgia tinha por objetivo “a tentativa de afastar a tetraplegia do Impetrante, decorrente de um disparo acidental de arma de fogo”.

Os argumentos apresentados pelo Estado do Rio grande do Sul buscando a suspensão da execução da segurança, se fundamentaram na grave lesão à ordem, à saúde e à economia pública. Foi alegado que “ao menos a grave lesão à economia pública está presente como decorrência da segurança concedida”, e isto ocorre “não só pela existência de muitos casos iguais, como também pela inexistência de previsão orçamentária, quanto a fontes de custeio, para tratamento cirúrgico excepcional”. Todavia, em sua decisão monocrática, o Ministro Carlos Velloso indeferiu o pedido de suspensão da execução da segurança concedida, argumentando que não se convenceu da afirmação feita pelo requerente de que a decisão (a execução de segurança) causaria lesão à ordem, à saúde e à economia públicas. Segundo o Ministro “será que uma retirada de duzentos mil dólares do Tesouro causará ‘grave lesão’ – a lei exige grave lesão – à economia pública? Penso que não”.

Ainda no ano de 1994, identificamos a existência daquele que pode ser o caso mais remoto a tratar de pedido de fornecimento de medicamento pelo Estado no âmbito do STF. Refere-se a pedido de Suspensão de Segurança nº 720/RJ³⁰⁰ contra liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em face daquele mesmo Estado para que se fornecesse determinada quantidade de medicamento a paciente, durante o período de seis meses, ou a quantia correspondente ao respectivo preço, em dólares, para aquisição no exterior. O pedido, no entanto, foi indeferido, após sopesados, conforme a decisão, “os riscos opostos, da lesão à economia pública de um lado, e do perigo de vida, a que, de outro, está sujeito o impetrante, para pronunciar-se pela predominância desse último valor”. O que, em certa medida, demonstrou o posicionamento do tribunal que viria a prevalecer até os dias atuais, reconhecendo a obrigatoriedade do Estado em prestar medicamentos

³⁰⁰ STF. Suspensão de Segurança nº 720/RJ, relator: Min. Octavio Gallotti, decisão da Presidência, julgamento em 06/12/1994, DJ 13/12/1994.

levando-se em conta tão-somente uma ponderação de valores ou princípios: de um lado o direito à vida do postulante e, de outro, questões econômico-financeiras.

Posteriormente, em 1998, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Marco Aurélio, foi negado o pedido feito no Agravo de Instrumento nº 232.469/RS³⁰¹ interposto pelo município de Porto Alegre contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que determinou aquele município a entrega de medicamentos para tratamento de pessoa portadora do vírus HIV a qual não possuía recursos financeiros para adquiri-los. Os argumentos apresentados pelo município afirmavam que os preceitos dispostos nos artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal de 1988, seriam normas de conteúdo programático dependentes de regulamentação “não implicando a transferência, àquele ente da federação, da obrigação de fornecer os medicamentos especiais e excepcionais pleiteados”. Destacou também que, em face da autonomia do município, não se poderia impor a ele a obrigação sem que antes fossem estabelecidas as formas de repasse dos recursos.

Contudo, entendeu o ministro Marco Aurélio que o preceito do artigo 196 da Constituição é norma de eficácia imediata, e que a referência “a ‘Estado’ mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios”. Acrescentou que o município de Porto Alegre possuía responsabilidade previstas em diplomas específicos, segundo o ministro, “os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado”. Destacou ainda que “a falta de regulamentação municipal para custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município”.

Neste caso, apesar de tratar-se do proferimento de uma decisão monocrática, o reconhecimento do conteúdo da norma disposta no artigo 196 da Constituição Federal como norma de eficácia imediata e aplicabilidade direta, e não como norma meramente programática, bem como, o

³⁰¹ STF. Agravo de Instrumento 232469/ RS, Relator: Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, julgamento em 12 de dezembro de 1998, DJ 23/02/1999.

reconhecimento do direito a medicamentos ligado ao direito à vida como um direito subjetivo em face do Estado, serão, em outras decisões posteriores, os principais argumentos utilizados pelos ministros para se obrigar o Estado a fornecer medicamentos de alto custo pleiteados individualmente.

Isto fica claro também no julgamento do paradigmático Recurso Extraordinário nº 271.286/RS na decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello em 02/08/2000³⁰² e no acórdão do agravo interposto pelo Município de Porto Alegre no mesmo recurso (271.286-8/RS), julgado em 12/09/2000³⁰³ pela segunda turma do STF, o qual foi negado provimento. Referido recurso foi interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul e pelo município de Porto Alegre, buscando reformar a decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado que havia reconhecido a obrigação dos recorrentes em fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolviam pacientes destituídos de recursos financeiros suficientes e que eram portadores do vírus HIV.

Os argumentos apresentados pelos recorrentes no referido Recurso Extraordinário buscaram sustentar que o acórdão, além de ir contra ao art. 37, inciso XXI³⁰⁴ da Constituição Federal (exigência de licitação), teria desrespeitado o princípio da legalidade, pois teria violado “o acórdão recorrido o art. 167, incisos I e VI³⁰⁵, da Constituição Federal, que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual”, isto porque, conforme

³⁰² STF. Recurso Extraordinário 271286/RS, Relator: Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 02 de agosto de 2000, DJ 23/08/2000.

³⁰³ STF. Recurso Extraordinário 271286-8/RS, Relator: Min. Celso de Mello, Acórdão proferido pela 2ª turma em 12 de setembro de 2000, DJ 24/11/2000.

³⁰⁴ Constituição Federal de 1988. Art. 37 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, as seguinte: (...) ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. (grifo nosso)

³⁰⁵ Constituição Federal de 1988. Art. 167 “São vedados: I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; (...) VI – a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa”.

determinação constitucional (art. 165, § 5º, inciso III da Constituição Federal³⁰⁶) “são de iniciativa do Poder Executivo as leis que estabelecem os orçamentos anuais e é nessa lei que deverá ser previsto o orçamento da seguridade social”. Acrescentou, ainda, que a decisão agravada “deixou de observar a repartição de competência para operacionalização dos serviços de saúde, como forma de gestão financeira dos recursos”, afrontando o princípio federativo da separação dos poderes, bem como o art. 198 e seu parágrafo único, da Constituição Federal.

A resposta a tais alegações podem ser extraídas do voto do Ministro Celso de Mello, o qual delimitou critérios que foram utilizados como parâmetros de decisões nos julgamentos futuros sobre casos semelhantes, servindo, portanto, de paradigma jurisprudencial. Critérios estes que, conforme aponta Vanice do Valle, foram sendo “enevoados” e se perderam em uma “zona de nebulosidade” com o passar do tempo e com a reiteração do precedente em inúmeras decisões monocráticas as quais, afastando-se, todavia, das premissas de sua decisão, “culminou por determinar um alargamento das hipóteses de tutela a direito individual, pela via da garantia de entrega de remédios, tratamentos médicos, intervenções cirúrgicas e outras providências”.³⁰⁷

Contra a alegação de desrespeito e ao art. 37, inciso XXI (exigência de licitação) e ao art.167, incisos I (previsão em lei orçamentária) e VI (autorização legislativa prévia), ambos da Constituição Federal, o ministro Celso de Mello afirmou que

A licitação não se faz necessária para a aquisição dos medicamentos, pois ela é dispensada nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada a urgência do atendimento de situação que possa causar prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas. Também com estes argumentos afastam-se as assertivas de inexistência de previsão orçamentária.

³⁰⁶ Constituição Federal de 1988. Art. 165 “Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: (...) III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público”.

³⁰⁷ Alguns exemplos como os Recursos Extraordinários nºs. 562.383, DJ, 08/10/2007 e 568.073, DJ, 21/11/2007; Agravos de Instrumento nºs. 583.067, 647.296, 667.205, DJ, 23/10/2007, ambos de relatoria do Min. Celso de Mello. VALLE, Vanice Regina Lírio de. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p.131.

O ministro chega afirmar que, mesmo que tais aspectos formais pudessem ser afastados, ainda assim revelar-se-ia inacolhível a postulação recursal em face do mandamento constitucional inscrito no art. 196, o qual, por sua vez, teria consagrado como dever político-constitucional, a obrigação de assegurar a todos a proteção à saúde, que associada a um imperativo de solidariedade social, se impõe ao Poder Público.

Não caberia, portanto, acolhimento dos pedidos feitos no referido Recurso Extraordinário, pois, mais uma vez, diante da ponderação feita entre, de um lado, o direito à proteção da saúde (por meio do fornecimento de medicamentos para tratamento de paciente acometido pelo vírus HIV) – o qual representa “consequência constitucional indissociável do direito à vida” –, e de outro lado, o interesse financeiro e secundário do Estado, prevaleceria o direito à saúde, por razões de ordem ético-jurídicas:

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 por 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 que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.

Ao mesmo tempo que qualifica o direito à saúde como um direito público subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição (o que lhe confere capacidade de sindicabilidade por qualquer indivíduo), o ministro também reconhece o caráter programático da norma inscrita no art. 196 da Constituição Federal, ressaltando que tal caráter não pode se converter “em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever”.

Assim, em caso de omissão estatal ou de “qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante”, que viesse a desrespeitar o mandamento constitucional (art. 196 a 198da CF/88), frustrando-lhe, arbitrariamente, a sua eficácia jurídico-social, seria legítima a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário nestas hipóteses. Este posicionamento

será, futuramente, ratificado pelo próprio ministro no julgamento de outro paradigma jurisprudencial, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45³⁰⁸, onde foi afirmado que, apesar de não sendo atribuição ordinária do Poder Judiciário, a formulação e implementação de políticas públicas, excepcionalmente, terá esta atribuição, quando os órgãos estatais competentes ao “descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”.

3.2 O Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE³⁰⁹

O Agravo Regimental aqui analisado (julgado pelo STF em 17 de março de 2010) foi interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF que indeferiu o pedido de Suspensão da Tutela Antecipada nº 175 (STA 175), o qual foi formulado pela própria União (apensada com o pedido da STA nº 178 de conteúdo semelhante, formulado pelo Município de Fortaleza) contra o acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da apelação Civil 408.729/CE, que deferiu a antecipação de tutela recursal para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento denominado “Zvesca” (princípio ativo “Miglustat”) em favor de Clarice Abreu de Castro Neves, portadora da doença Niemann-Pick Tipo “C” – doença neurodegenerativa rara que causa diversos distúrbios neuropsiquiátricos.

Segundo os relatórios médicos apresentados, o uso do referido medicamento poderia possibilitar um aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida da paciente. Sendo este tratamento orçado em R\$ 52.000,00 por mês, valor impossível de ser custeado pela família da paciente conforme a mesma havia declarado.

³⁰⁸ STF. ADPF 45/ DF. Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 29 de abril de 2004. DJ 04/05/2004 P – 00012.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Presidente Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado em DJe-076 em 30.04.2010.

Há época do julgamento, foi constatado que o medicamento ZAVESCA possuía registro na ANVISA. Contudo, não constava nos PCDTs, sendo também considerado medicamento de alto custo não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública.

Buscando alcançar o objetivo proposto nesta pesquisa, podemos destacar três pontos fundamentais tratados pelos Ministros no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE³¹⁰, os quais têm servido de paradigma na jurisprudência que trata de demandas por medicamentos de alto custo em face do Estado: (1) a intervenção do Poder Judiciário no desenvolvimento de políticas públicas, o que, segundo a agravante (União) violaria o princípio da separação dos poderes, as normas do SUS e desconsideraria a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas; (2) a responsabilidade solidária entre os entes federativos em matéria de saúde pública; e (3) considerações sobre o alto custo do medicamento que, segundo a agravante, poderia implicar o deslocamento de esforços e recursos estatais e descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população.

Sob a perspectiva adotada neste trabalho – que leva em consideração o fato dos recursos públicos serem escassos frente a infinidade de necessidades –, buscou-se, primeiramente, discutir alguns dos argumentos defendidos pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto (o qual foi acompanhado pelos demais Ministros) que, de certa forma, estabeleceu critérios e parâmetros nas demandas judiciais por medicamentos. Mesmo limitando-se à análise de apenas três pontos, ainda assim, é possível suscitar múltiplas questões sobre cada um deles, contudo, como estratégia de pesquisa, iremos destacar apenas aquelas que, diretamente, poderiam afetar a dispensação de medicamentos de alto custo pelo Poder Público.

O primeiro ponto destacado trata da possibilidade de intervenção do Poder judiciário no desenvolvimento das políticas públicas. O paradigma jurisprudencial normalmente referido nas discussões sobre este assunto e que foi destacado pelo próprio Ministro Gilmar Mendes durante o julgamento do

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Presidente Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado em DJe-076 em 30.04.2010.

referido Agravo, é a decisão proferida nos autos da ADPF nº 45/DF³¹¹, já apresentada no item 2.3.1 deste trabalho.

Nesta decisão (ADPF 45), o Ministro Celso de Mello reconhece que o Poder Judiciário, excepcionalmente, poderá intervir na elaboração e implementação de políticas públicas quando os demais órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos que comprometam potencialmente a eficácia e a integridade dos direitos fundamentais, mesmo aqueles oriundos de cláusulas de conteúdo programático, como é normalmente atribuído ao conteúdo da norma disposta no artigo 196 da Constituição de 1988, que trata do direito social à saúde. O Ministro sustentou, portanto, a ideia de que o Poder Público é obrigado a garantir concretamente condições materiais mínimas de existência, sendo justificável e legítima a intervenção do Judiciário se os demais poderes políticos (legislativo e executivo) “agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar” a eficácia dos direitos sociais afetando o “mínimo existencial”.

Ainda tratando deste tema, o Min. Gilmar Mendes faz referência a um trecho do livro “Los derechos sociales como derechos exigibles”, escrito por Víctor Abramovich e Christian Courts. O texto aponta para a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em relação à implementação das políticas públicas de modo que o “desenho” elaborado destas políticas esteja em conformidade com os padrões legais aplicáveis e que, no caso de omissão dos poderes competentes – em adotar medidas que deem efetividade às diretrizes estabelecidas pelas normas constitucionais ou legais –, seja permitido ao Poder Judiciário “reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida”. Defende, portanto, uma forma de “diálogo” entre os Poderes do Estado na busca da concretização do que ele chama de “programa jurídico-político” estabelecido pela Constituição.³¹²

Aqui, é importante ressaltar, que Abramovich e Courts também irão dizer que “el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas”, ou seja, as fases iniciais de escolha e elaboração da política pública exigida não é de

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator (a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Relator: Celso de Mello. Publicado no DJ de 22-11-1996. Disponível em: Acessado em 16.05.2016.

³¹² ABRAMOVICH, Víctor; COURTS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p.248.

competência do judiciário, mas sim, dos demais poderes, sobretudo do Poder Executivo. E isto se deve, em boa medida, à falta de capacidade técnica do Judiciário e à forma de construção da solução do problema na tomada de decisões complexas em questões envolvendo políticas públicas. Um dos principais obstáculos à exigência judicial de direitos sociais é a ampla deferência judicial ao poder do administrador naquelas questões que são tecnicamente mais complexas ou que envolvem decisões relativas ao desenho e execução de políticas públicas.

É possível reconhecer que, por causa de suas próprias características institucionais, o Judiciário não é um poder do Estado chamado a exercer atribuições centrais para adotar decisões complexas sobre políticas sociais. Assim como a complexidade factual de um conflito social é simplificada quando traduzida em um caso judicial, a multiplicidade de fatores ligados ao projeto de uma política social também se vê “parcializada” quando analisada na estrutura específica de um processo. “muchos de los factores que podrían resultar relevantes a la hora de adoptar decisiones de política social pueden quedar excluidos de la materia que es objeto de debate judicial y que será la base de la decisión del juzgador”.³¹³

Na defesa da criatividade judiciária – e em detrimento da alegação de incompetência institucional da magistratura em razão da falta de conhecimentos, instrumentos e recursos disponíveis, envolvendo problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos – Mauro Cappelletti (em “Juízes Legisladores?”) irá afirmar que o problema pode ser atenuado mediante o recurso ampliado a pareceres técnicos ou periciais, à intervenção de terceiros no processo – com a finalidade informativa, como por exemplo, o “amicus curiae brief” – e o emprego de expertos como membros “laicos de órgãos judicantes”. O autor chega a afirmar que os juízes teriam a vantagem de serem menos vulneráveis às pressões e tentações da genérica “demagogia eleitoral de caça aos votos, quanto às prioridades mais específicas e concretas,

³¹³ ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p.248.

impostas pelos interesses locais ou corporativos, as quais, pelo contrário, os 'políticos' encontram-se, às vezes, inexoravelmente ligados".³¹⁴

Contudo, a busca de soluções ao problema da falta de concretização dos direitos sociais fundamentais não passa, necessariamente, pela suposta neutralidade dos juízes e a sua maior capacidade na tomada de decisões contramajoritárias em comparação com os demais poderes. Aliás, esta visão de um juiz neutro e correto que não se desvincula da lei, quaisquer que sejam suas preferências pessoais, no que concerne às políticas públicas não é de toda verdadeira. Muitas das vezes nem é preciso uma decisão formal para que o juiz tenha um impacto no caminho da deliberação, o que faz com que a adesão à lei nem sempre seja o principal fator determinante da atuação do juiz. Neste sentido Mathew M. Taylor esclarece que os magistrados brasileiros têm a capacidade de influenciar a discussão das políticas públicas antes mesmo de elas serem aprovadas, sinalizando suas preferências publicamente, seja através de pronunciamentos públicos ou por meio de reuniões a portas fechadas com o Executivo.³¹⁵

Considerando que a concretização do direito à saúde de todos (e demais direitos sociais) se dá por intermédio de políticas públicas³¹⁶, faz-se necessário um deslocamento da cogitação jurisdicional do âmbito abstrato da configuração do direito fundamental para o âmbito concreto da estratégia operacional de sua concretização. Na construção racional da decisão judicial, portanto, ao invés de se apoiar apenas em argumentos constituídos por elementos clássicos em matéria de configuração de direitos fundamentais, como por exemplo, o princípio do mínimo existencial, da reserva legal e a regra da proporcionalidade, a composição do conflito de interesses envolve no caso

³¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1999. p. 88-89.

³¹⁵ Segundo o autor "o judiciário pode influenciar os resultados das políticas públicas tanto no momento da deliberação quanto na hora da implementação com uma variedade de possíveis estratégias: sinalizando as fronteiras permitidas para a alteração da política pública, sustentando-a e legitimando-a diante da possível oposição, atrasando uma decisão sobre uma determinada política e, assim, controlando a agenda de deliberação da política pública ou, até mesmo, alterando ou rejeitando a proposta após sua implementação". TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as Políticas Públicas no Brasil**. Dados-Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol.50, nº2, pp.229-257.

³¹⁶ Aliás, o próprio texto do artigo 196 da Constituição de 1988 é claro ao afirmar que o direito à saúde será garantido "mediante políticas sociais e econômicas".

concreto, outros elementos como a escolha de prioridades e formas de ação em um ambiente de necessidades diversas e recursos escassos.³¹⁷

O Ministro Gilmar Mendes, referindo-se aos entendimentos que sobressaíram nos debates da Audiência Pública – Saúde (2009), chega a afirmar que o problema talvez não seja de judicialização ou da interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, isto porque, na maioria dos casos, a determinação judicial do efetivo cumprimento da políticas públicas já existe.

Na visão do Ministro a intervenção judicial nas políticas públicas de saúde ocorre em duas situações. Primeiro, no caso de ineficiência de políticas públicas. Neste caso, o judiciário não interfere no âmbito da livre apreciação ou da ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. O judiciário não cria política pública, mas apenas determina o cumprimento daquela já formulada pelo Sistema Único de Saúde, como por exemplo, a política de dispensação de medicamentos e Componente Especializado da Assistência Farmacêutica já existente no Brasil.

O segundo caso de intervenção judicial ocorre quando há uma omissão de políticas públicas pelo Estado, ou seja, não existe a política pública. Esta omissão, por sua vez, pode ocorrer em quatro situações distintas: (1) por omissão legislativa; (2) por omissão da Administração Pública; (3) por uma decisão administrativa de não fornecê-la; e (4) por uma vedação legal a sua dispensação.

No terceiro caso (decisão administrativa de não fornecê-lo) o SUS pode decidir não custear o tratamento ou o fornecimento do medicamento porque não há evidências científicas comprovadas que sejam suficientes, dentre uma perspectiva de uma medicina baseada em evidências³¹⁸. Ou então, o SUS pode não ter o tratamento específico para determinada patologia.

³¹⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio de. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016. p. 108.

³¹⁸ Atualmente, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), criada pela lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011, será o órgão que irá assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde

Apesar das considerações feitas pelo Ministro distinguindo de forma mais detalhada as diversas situações em que poderá ocorrer a intervenção judicial em matéria de políticas públicas de saúde, isto não afasta os problemas gerados por esta intervenção que poderão refletir na concretização dos direitos à saúde de toda a população.

O segundo ponto destacado, que foi objeto de discussão no agravo trata-se da competência administrativa comum entre os entes federados para fornecimento de medicamento de alto custo. No Agravo Regimental a União alegou sua ilegitimidade passiva em razão da inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, por falta de previsão normativa. Contudo, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que “em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária”, destacando duas decisões jurisprudências do STF que confirmam seu entendimento – o Recurso Extraordinário nº 195,192-3/RS³¹⁹ e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 255,627³²⁰-1/RS.

Também, sustentou o Ministro, que ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do medicamento pretendido, seguiu o disposto no artigo 23, inciso II da Constituição Federal que fixa a competência comum entre os entes federados³²¹, o artigo 7º, inciso XI da Lei Federal nº 8080/90³²² e as

pelo SUS, bem como na constituição ou alteração dos Protocolos Clínicos de Diretrizes terapêuticas do SUS (PCDTS).

³¹⁹ Ementa: “MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. STF - RE: 195192 RS, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 22/02/2000, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 31-03-2000.

³²⁰ Ementa: “Saúde. Medicamentos. Fornecimento. Hipossuficiência do paciente. Obrigação do Estado. Regimental não provido.” STF - RE-AgR: 255627 RS, Relator: Nelson Jobim, data de Julgamento: 21/11/2000, Segunda Turma, data de Publicação: DJ 23-02-2001.

³²¹ CF/88. “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II – cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...)”.

³²² Lei Federal nº 8080/90. “Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: (...) XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; (...)”.

considerações feitas sobre o tema durante os debates na audiência Pública – Saúde, realizada pelo próprio STF em abril e maio de 2009.

Apesar da manifesta concordância jurisprudencial sobre o tema da responsabilidade solidária entre os entes federados no fornecimento de medicamentos, o problema surge quando se trata de demandas por medicamentos de tipos (ou grupos) diversos. O Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), regulamentado pela Portaria GM/MS nº 1.554, de 30 de julho de 2013³²³, divide os medicamentos fornecidos pelo SUS, em três grupos com características, responsabilidades e formas de organização distintas.

O Grupo 1 é aquele cujo financiamento está sob a responsabilidade exclusiva da União, ou seja, do Ministério da Saúde. É constituído por medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente, por aqueles indicados para doenças mais complexas, para os casos de refratariedade ou intolerância a primeira e/ou a segunda linha de tratamento e por aqueles que se incluem em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde.

O Grupo 2 é constituído por medicamentos, cuja responsabilidade pelo financiamento é das Secretarias Estaduais de Saúde. A responsabilidade envolve o financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.

O Grupo 3 é constituído por medicamentos, cuja responsabilidade pelo financiamento é tripartite, sendo a aquisição e dispensação de responsabilidade dos municípios sob regulamentação da Portaria GM/MS nº 1.555/2013, que aprova a Assistência Farmacêutica na Atenção Básica.

Quando o magistrado determina, por exemplo, a um município de pequeno porte, o custeio de um tratamento ou o fornecimento de um medicamento de alto custo, poderá estar comprometendo a política de

³²³ Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. PORTARIA Nº 1.554, DE 30 DE JULHO DE 2013. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

dispensação e assistência farmacêutica que se encontra em curso. Além do mais, compromete outras políticas, serviços e ações de saúde pública que estão relacionadas como serviços ambulatoriais e hospitalares.

Neste sentido, na Audiência Pública sobre a saúde no Brasil, convocada em 05 de Março de 2009, o procurador-geral da república, Antônio Fernando B. S. de Souza destacou que a responsabilidade pelo financiamento dos medicamentos de alto custo não é estática, devendo ficar a cargo do Ministério da Saúde e dos Estados, conforme o processo de pactuação que é contínuo, sob pena de desrespeito às diretrizes constitucionais do SUS, o que pode levar a desorganização do serviço público de saúde e causar ineficiências e prejuízos financeiros.³²⁴

O terceiro e último ponto destacado no referido Agravo, refere-se ao alto custo do medicamento que, segundo a agravante (União), poderia implicar o deslocamento de esforços e recursos estatais e descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população. Rebatendo este argumento, o Ministro afirma que “o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis”.

Percebemos neste ponto que, assim como a maioria da doutrina brasileira, este precedente paradigmático demonstrou como a jurisprudência também se encontra atrelada ao “modelo teórico da verificação da limitação dos recursos”, já apresentado no item 1.3.1. Nele, a “clausula da reserva do possível” é considerada como um limite às prestações estatais positivas, não afetando diretamente o mínimo existencial dos direitos sociais fundamentais

³²⁴ “A definição das responsabilidades, como já salientado, não é estática. O processo de pactuação é contínuo. As responsabilidades vão sendo repactuadas tanto em virtude do processo de descentralização como por questões de ordem prática, tendo sempre por fim a otimização dos recursos e o aprimoramento dos sistemas público de saúde. Assim, uma decisão judicial em processo em que se pleiteia a prestação de determinada ação de saúde deve sempre levar em conta as pactuações vigentes. Caso contrário, a decisão atentará contra as diretrizes constitucionais do Sistema Único de Saúde, contribuindo para a desorganização do serviço e indo de encontro aos princípios da eficiência e da economicidade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública de 5 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>> Acesso em: 15 de set. 2018.

sob a aplicação da regra da proporcionalidade alexiana no caso concreto. Os direitos de liberdade, por serem qualificados como negativos ou por demandarem somente prestações não-fáticas, na prática, poderiam ser efetivados sem a necessidade de observar as reservas orçamentárias deixando o problema dos custos dos direitos para um segundo plano.

A crítica a este posicionamento pode ser feita chamando a atenção para a necessidade de uma verdadeira concretização do direito à saúde para todos, e no caso em comento, do direito de ter acesso à assistência farmacêutica pelo Estado, em razão da impossibilidade financeira de se custear determinado medicamento. É que esta concretização não dependerá, necessariamente, de uma configuração do direito social fundamental em seu âmbito abstrato, levando-se em conta critérios estritamente jurídicos, como os sustentados no referido julgamento: dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e sua relação com a reserva do possível.

O direito à saúde só pode se realizar no âmbito material da estratégia operacional de sua concretização, que se dá por meio das políticas públicas, as quais obedecem todo um ciclo de ação e planejamento. Logo, a construção da decisão judicial de forma racional deverá levar em conta outros elementos, como aqueles relacionados à escolha de prioridades e formas de ação no contexto de uma sociedade que padece de uma escassez moderada de recursos.

3.3 O Recurso Extraordinário nº 566.471/RN

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a problemática envolvendo o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Poder Público, parece estar a caminho de um posicionamento definitivo por parte de seus Ministros, que, vem buscando encontrar parâmetros objetivos para sustentar as decisões judiciais sobre o tema. O último pronunciamento do Tribunal foi no dia 28 de Setembro de 2016, na retomada do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471 do Estado do Rio Grande do Norte, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, onde se pronunciaram, além do Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso (voto-vista) e o Ministro Edson Fachin.

No Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, o Estado do Rio Grande do Norte recusou-se a fornecer medicamento para a Sra. Carmelita Anunciada de Souza, argumentando a impossibilidade de fornecimento do medicamento sildenafil (viagra) devido ao seu alto custo e sua falta de previsão no programa estatal de dispensação de medicamentos. A autora, que trata-se de uma mulher idosa e de baixa renda, portadora de miocardiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar, propôs ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, requerendo com fundamento no art. 273, Inciso I, do Código de Processo Civil, a concessão de antecipação de tutela, liminarmente, para determinar que o Estado do Rio Grande do Norte fornecesse de forma contínua e prolongada, ou seja, quantas doses do medicamento denominado sildenafil 50 mg fossem necessários para o tratamento da doença crônica.

A sentença do juízo de primeiro grau determinou a obrigação do fornecimento, sendo esta decisão posteriormente confirmada pelo tribunal de Justiça daquele Estado. Apesar do medicamento “sildenafil” ter sido, posteriormente, incluído na lista de remédios disponíveis pelo SUS, o processo teve reconhecida a sua repercussão geral, visto que o conflito de interesses poderia se repetir em diversos processos, tanto que a admissão do tema levou ao sobrestamento do curso de inúmeros casos.

Diante deste conjunto de decisões, o Ministro relator Marco Aurélio, iniciou a fundamentação de seu voto, no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, questionando se a utilidade da apreciação do referido recurso, serviria apenas para “reafirmar-se, sob o ângulo da repercussão geral, a jurisprudência do Tribunal sobre a matéria?” Entendendo, que a principal utilidade do julgamento seria a possibilidade do STF definir critérios de configuração do dever do Estado de tutela do mínimo existencial.

Neste ponto, críticas podem ser feitas ao reconhecimento da repercussão geral, neste caso específico, por tratar de prestações materiais de saúde que contam com um gigantesco grau de complexidade, e que variam conforme as necessidades de cada demandante, trazendo dificuldades (insuperáveis ao nosso ver) na padronização de condutas de forma a determinar um único “modus operandi” para obtenção de medicamentos de alto

custo. E este questionamento também foi feito pela Ministra Ellen Gracie, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, ao indagar 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.”³²⁵

No aspecto prático e operacional, mesmo que não se leve em conta a questão dos custos da judicialização da saúde à Administração Pública³²⁶, caso seja reconhecido o direito do requerente ao fornecimento de medicamentos de alto custo, sem a necessidade de aprovação pela CONITEC, e, portanto, de comprovação dos critérios técnicos específicos como a eficácia, a segurança e o custo/benefício do medicamento requerido, e também a necessária instrução do processo de forma ampla, com a realização de perícia, sem levar em conta cada caso concreto que pode ser levado a julgamento³²⁷, corre-se o risco de um aumento exponencial de processos que, tratando sobre o tema da saúde

³²⁵ A Ministra chega a afirmar que “Talvez, se nós cuidarmos de uma categoria geral, por exemplo, os portadores de diabetes que pleiteiam os 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 possíveis”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR, Relator Presidente Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, publicado em DJe-076 em 30.04.2010.

³²⁶ Segundo dados do Ministério da Saúde sobre os gastos com judicialização da saúde somente no âmbito da União, “houve um aumento de quase 5.000% nos gastos com judicialização em dez anos, de R\$ 26 milhões (2007) para mais de R\$ 1,325 bilhão de reais (2016) (...) cerca de 150 milhões de brasileiros dependem exclusivamente do SUS para ter acesso à Saúde (dados do IBGE), Com a crise, esse número tem crescido; as ações judiciais consomem milhões e beneficiam a uma parcela mínima da população”. Disponível em <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/17/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20NO%20AMBITO%20DA%20UNIO%20EM%20NUMEROS%20Recursos%20Extraordinrios%20566471%20e%20657718.pdf>> acesso em 12 de novembro de 2018.

³²⁷ Já houve algumas decisões judiciais que prolataram decisões favoráveis a tratamentos médicos, ou dispensação de medicamentos para muito além daquilo que se compreende como direito à saúde: I) Autorização para internação em “Spa” de emagrecimento de pacientes considerados obesos, conforme: TJBA. Agravo de Instrumento, Processo nº 0014389-64-2016.8.05.0000, Relator: João Augusto Alves de Oliveira Pinto, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 17/12/2016; II) Autorização de internação em clínica especializada ou congênere para tratamento indicado em relatórios médicos, em caso de obesidade mórbida, conforme: TJBA. Agravo Regimental, Processo nº: 0016874-89.2016.8.05.0000/50000, Relator: Augusto de Lima Bispo, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 17/12/2016); III) Autorização e custeio da internação do autor pelo período de 60 dias em clínica de emagrecimento, condicionado a prorrogação do período à comprovação do sucesso do tratamento. TJBA. Agravo de Instrumento, Processo nº: 0012925-57.2016.8.05.0000, Relatora: Ilona Márcia Reis, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 17/12/2016; IV) Determinação judicial à seguradora para cobertura de tratamento médico destinado à fertilização “in vitro”, em caso de paciente com dificuldade de engravidar, conforme: TJBA. Agravo de Instrumento, Processo nº: 0021593-51.2015.8.05.0000, Relator: Emílio Salomão pinto Resedá, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 11/05/2016.

como uma matéria privativa do direito (fundamentado tão somente no reconhecimento do mínimo existencial como um valor absoluto suficiente para reconhecer o direito à prestação material requerida), deixarão de lado as políticas públicas que compõem todo o sistema de saúde, o qual poderia entrar em colapso. Seria como transformar o Judiciário em um simples balcão de farmácia.

Passemos agora a análise específica dos critérios e parâmetros estabelecidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos três votos já enunciados no referido Recurso Extraordinário.

3.3.1 Voto do Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio apresentou na sessão do dia 15 de setembro de 2016 o relatório do Recurso Extraordinário nº 566471/RN e em seguida seu voto. Posteriormente, durante a sessão do dia 28 de Setembro de 2016, o referido Ministro reformulou a tese inicialmente proposta, apresentando novo texto para análise pelo Plenário.

Em seu voto, o Ministro indaga se a relevância constitucional do direito à assistência farmacêutica e as circunstâncias concretas (no caso em tela, a necessidade do uso do fármaco e a incapacidade financeira de adquiri-lo em razão de seu alto custo) legitimam a atuação judicial interventiva. Também, se “a circunstância de a universalização do direito à saúde depender da formulação e execução de políticas públicas exclui a competência do Poder Judiciário em casos como o da espécie”.

Como resposta, o Ministro Marco Aurélio sustenta que o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, destacando que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do previsto constitucionalmente, sobretudo, quando estiver em jogo a dimensão do mínimo existencial. O acesso a medicamentos, como parte integrante da saúde, constitui bem vinculado à dignidade do homem, razão pela qual, os traços de fundamentalidade, essencialidade e plena judicialização deste direito estarão sempre presentes na dimensão do “mínimo existencial”.

Citando Ricardo Lobo Torres³²⁸, o Ministro destacou que o “mínimo existencial” é direito implícito, pré-constitucional, inerente à condição humana digna e fundamentado na liberdade. E que, configurada ameaça a este mínimo, em casos particulares, com violação da dignidade humana e ausência de condições iniciais de liberdade, os direitos sociais apresentar-se-iam como plenamente exigíveis judicialmente, merecedores de amplas garantias institucionais, frise-se, independentemente de reservas orçamentárias.

O Ministro chega a reconhecer que os serviços de prestação de saúde em geral, e o fornecimento de medicamentos em particular, são dependentes de políticas públicas³²⁹, as quais não cabem ao Poder Judiciário. Contudo, diante das omissões ou falhas na execução do que foi formulado, levando a impossibilidade de obtenção de medicamento por paciente que não possui condição financeira de acesso, caberia ao Judiciário “corrigir injustiças concretas”, visto que tal situação configuraria violação ao mínimo existencial ante a institucionalização incompleta ou deficiente do direito à saúde.

Trata-se, portanto, de uma argumentação baseada na fundamentalidade material do direito à saúde, considerando o “mínimo existencial” como corolário da dignidade da pessoa humana (conforme já vimos no item 1.3.1), e possuidor de um valor absoluto de forma a “revelar-se imponderável frente aos mais relevantes argumentos de ordem administrativa, como o do comprometimento de políticas de universalização da prestação aos demais cidadãos e de investimentos em outras áreas”.

Para configuração do mínimo existencial passível de tutela mediante intervenção judicial, independentemente do alto custo dos medicamentos ou de esses constarem nas listas oficiais do SUS, é necessária, todavia, a identificação conjunta de dois elementos: a imprescindibilidade do medicamento para concretização do direito à saúde do paciente, e a incapacidade financeira de adquiri-lo. A imprescindibilidade – elemento objetivo do mínimo existencial, conforme descreve o Ministro – ocorrerá quando

³²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.56.

³²⁹ “Por isso, Ricardo Lobo Torres falou em ‘direitos sociais máximos’, a serem alcançados por meio de escolhas políticas e orçamentárias materializadas na formulação e implementação de políticas públicas”.

“provado, em processo e por meio de laudo, exame ou indicação médica lícita, que o estado de saúde do paciente reclama o uso do medicamento de alto custo”, o qual se faz necessário ao aumento da sobrevida ou a melhoria da qualidade de vida do enfermo.

Já a incapacidade financeira – elemento subjetivo do dever estatal de tutela do mínimo existencial – ocorre quando provada a ausência de capacidade financeira para aquisição de medicamento reconhecidamente adequado e necessário ao tratamento de saúde do enfermo. Neste caso, segundo o Ministro, poderá existir um dever subsidiário do Estado em relação aos membros da família do paciente.

Diante de tais considerações e critérios, o Ministro Marco Aurélio propôs a seguinte tese na sessão do dia 15 de setembro de 2016:

“o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.”

Posteriormente, durante a sessão do dia 28 de Setembro de 2016, o Ministro reformulou a tese inicialmente proposta, apresentando novo texto para análise pelo Plenário. Ao discorrer sobre o aditamento ao voto, o Ministro acrescentou a hipótese em que o Estado brasileiro também estaria obrigado a fornecer medicamento, não existente no Brasil, mesmo que não preenchesse os requisitos de medicamentos incluídos na lista de importação em caráter excepcional da ANVISA, conforme estabelecido no artigo 3º da Resolução RDC nº 8, de 28 de fevereiro de 2014.³³⁰ Para tanto, seria necessário a acumulação de três requisitos: (1) laudo médico revelando a necessidade e

³³⁰ “Art. 3º. São critérios para inclusão de medicamentos na lista de medicamentos liberados para importação em caráter excepcional: I - Indisponibilidade do medicamento no mercado brasileiro; II - Ausência de opção terapêutica para a indicação(ões) pleiteada(s); III - Comprovação de eficácia e segurança do medicamento por meio de literatura técnico-científica indexada; IV - Comprovação de que o medicamento apresenta registro no país de origem ou no país onde esta sendo comercializado, na forma farmacêutica, via de administração, concentração e indicação(ões) terapêutica(s) requerida(s). Parágrafo único. Os medicamentos contantes na lista de medicamentos liberados para importação em caráter excepcional serão excluídos a partir do momento que não atenderem a qualquer um dos critérios de inclusão desta norma. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução - RDC Nº 8, de 28 de fevereiro de 2014.

indispensabilidade à saúde do demandante; (2) não haver medicamento similar no Brasil; e (3) estar o medicamento demandado devidamente registrado no país de sua produção.

Entendemos, no entanto, que tal posicionamento do Ministro neste ponto, não é imune a críticas. Isto porque o mero atestado ou mera requisição médica não substitui uma cognição exauriente plena sobre o tema, visto tratar-se tão-somente da opinião de um especialista, contemplando, portanto, o menor nível de evidência científica³³¹. Até mesmo os médicos peritos nomeados pelo magistrado não fazem a análise exauriente da questão, pois deixam de abordar os critérios técnicos e de avaliar o custo-benefício do medicamento ou tratamento demandado judicialmente, como exigido pela Lei 12.401/2011, a qual estabeleceu as regras sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS.

Ao final do aditamento, após reformular a tese inicialmente proposta, o Ministro apresentou a seguinte tese:

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

3.3.2 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

O segundo voto (voto-vista) foi apresentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o qual, inicialmente, distinguiu duas modalidades em que se enquadraram os casos de demandas judiciais por medicamentos, inclusive de alto custo. A primeira modalidade será no caso de demanda judicial por medicamento já incorporado pelo SUS e, conseqüentemente, já incluído na política pública de saúde, devendo ser objeto de dispensação gratuita. Esta situação não é incomum, ficando evidenciada na Audiência Pública nº 4, realizada em 2009 pelo STF. Normalmente, as ações movidas são motivadas

³³¹ Conforme Schulze, a ordem de níveis de graduação das evidências científicas pode ser assim representada: 1º revisão sistemática com ou sem meta-análise; 2º mega trial; 3º ensaio coorte; 4º estudo coorte; 5º estudo caso-controle; 6º série de casos; 7º relato de caso; 8º opinião de especialista. SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 68.

por desinformação sobre o fornecimento gratuito pelo SUS, pelo eventual desabastecimento, ou até mesmo pela negativa de fornecimento.

Nestes casos, conforme o Ministro Barroso, deve-se exigir tão-somente que o demandante comprove a necessidade do fármaco e a prévia tentativa de sua obtenção na via administrativa, evitando-se, assim, inverter a lógica de funcionamento do próprio sistema³³². Há, portanto, a obrigação de fornecê-los a todos aqueles que deles necessitem, independentemente de seu custo, isto porque, a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas de saúde já formuladas pelo SUS. Este parâmetro já havia sido adotado no julgamento da STA 175, onde se reconheceu, que nestas situações, haveria um direito subjetivo público à política de saúde.

A segunda hipótese trata de demandas individuais que buscam o fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS, e também, não incluídos em listas do SUS para dispensação gratuita. Neste caso, o Ministro propôs cinco requisitos cumulativos, que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde: (1) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (2) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (3) inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (4) comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; (5) propositura da demanda em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo.

Sobre o primeiro requisito importa destacar que houve discordância do Ministro Barroso com o relator, pois entendeu que a impossibilidade de custeio deve ser do paciente, e não de seus familiares, visto que, isso configuraria uma inadmissível interferência estatal nas relações mais íntimas dos cidadãos.

Quanto ao segundo requisito, que exige a comprovação de que a não incorporação do medicamento pleiteado não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes, importa destacar que a CONITEC detém as melhores condições institucionais para tomar as decisões de incorporação, já que possui

³³² Segundo o Min. Luís Roberto Barroso, “o judiciário não pode se transformar na porta principal de entrada das demandas por medicamentos”.

maiores níveis de informação, de “expertise”, de conhecimento técnico e aptidão operacional em relação a tal procedimento, marcado por grande complexidade. Além, de ter em seu procedimento a marca da abertura ao diálogo com a sociedade civil e o mercado, pela transparência e pela ampla publicidade.

Logo, se a CONITEC chegou a avaliar o pedido de incorporação de medicamento, mas concluiu de modo desfavorável, não cabe ao Poder Judiciário desprivilegiar a decisão técnica deste órgão, visto que não possui a capacidade institucional e os conhecimentos necessários para avaliar plenamente as complexas questões técnicas envolvidas na decisão sobre a incorporação de medicamentos, como, por exemplo, para realizar a análise de custo-efetividade.³³³

O terceiro requisito exige que seja comprovada a inexistência de substituto terapêutico incorporado ao SUS que seja satisfatório para o tratamento do paciente. Isto porque, não pode um paciente, normalmente apoiado em uma única prescrição médica ou laudo, pretender afastar as opções políticas públicas realizadas pelo Sistema de Saúde e receber medicamentos não padronizados quando houver substituto terapêutico adequado.

O quarto requisito exige que seja comprovada a eficácia do medicamento demandado à luz da medicina baseada em evidências. Isto significa que a decisão judicial que deferir o pedido de dispensação de medicamentos não incorporados pelo SUS, não poderá se basear em um único laudo ou prescrição médica, sem que se aponte evidências científicas confiáveis de que o fármaco pleiteado é realmente eficaz para o tratamento da doença.³³⁴

Não obstante, ter o STF assentado que os entes da federação respondem solidariamente pelo oferecimento de fármacos presentes nos

³³³ Neste sentido Schulze esclarece que “se a posição da aludida entidade é para não autorizar a incorporação da tecnologia no âmbito do SUS, o juiz somente poderá deferir o pedido veiculado na via judicial se houver prova técnica – e apenas técnica – refutando a conclusão da Conitec”. SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p.67.

³³⁴ Este também é o entendimento do Enunciado 59 aprovado na II Jornada de Direito da Saúde, realizada pelo CNJ, que estabeleceu que “As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências”.

protocolos clínicos e nas listas de dispensação organizadas no plano federal, o quinto requisito propõe que tais demandas sejam apresentadas em face da União e não dos demais entes federativos, visto que, somente a União, nos termos da Lei nº 8.080/90, tem a possibilidade de decidir pela incorporação ou não de uma nova tecnologia em saúde, por meio da CONITEC e do Ministério da Saúde.

Por fim, foi também apresentado um parâmetro procedimental, no sentido de observar um diálogo institucional³³⁵ entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde. Tal diálogo deverá ser exigido, em um primeiro momento, para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, conferindo maior segurança técnica ao magistrado. Segundo Barroso, nessa fase, os magistrados devem realizar preferencialmente:

- (i) a oitiva da Câmaras de Assessorias Técnica e Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-JUS) no âmbito dos tribunais e, quando inexistentes, de profissionais de saúde integrantes do SUS, (ii) a oitiva da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC; (iii) audiência com médico responsável pela receita médica que fundamentou a demanda e demais profissionais de saúde que auxiliarem o juízo.

Em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, o diálogo deve ser instaurado para determinar que os órgãos competentes (CONITEC e Ministério da Saúde) avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS mediante manifestação fundamentada a esse respeito.

Ao final de seu voto, o Ministro Barroso negou provimento ao recurso extraordinário em razão da incorporação, no curso do processo, do medicamento em questão pelo Sistema Único de Saúde, afirmando, em sede de repercussão geral, a seguinte tese:

“O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do

³³⁵ Segundo SCHULZE “a abertura da interpretação constitucional e da pluralização do rol de agentes autorizados a participar e debater os conflitos de interesse não se limita a penas aos cidadãos, tal como propõe a teoria de Häberle, permitindo-se também a integração dos demais órgãos, entes e Poderes do Estado, com o fim de conferir maior eficácia à normas estampadas no texto da Constituição”. SCHULZE, Clenio Jair. **A judicialização da saúde no século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. p.38.

medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”.

3.3.3 Voto do Ministro Edson Fachin

O terceiro voto foi apresentado pelo Ministro Edson Fachin o qual deu provimento parcial ao RE 566471. Ele considerou que há direito subjetivo às políticas públicas de assistência à saúde, configurando-se violação a direito individual líquido e certo a sua omissão ou falha na prestação, quando injustificada a demora em sua implementação.

O ministro também propôs cinco parâmetros para que seja solicitado ao Poder Judiciário o fornecimento e custeio de medicamentos ou tratamentos de saúde. O primeiro parâmetro exige a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública. Como justificativa, o Ministro destaca que tal providência pode minimizar os efeitos desorganizativos da judicialização da saúde. Ainda mais, se a postulação tem por objeto algum interesse não previsto em política pública.

O segundo parâmetro refere-se à preferencial prescrição por médico ligado à rede pública. Neste caso, a prescrição de medicamento não incorporado realizada pelo médico do SUS conta com presunção de que a sua escolha já se deu com critérios de exclusão em relação aos medicamentos incorporados.

Quanto ao terceiro parâmetro, este trata da preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional). Neste caso, as prescrições dos profissionais de saúde pública, preferencialmente pelo princípio ativo do medicamento, a chamada Denominação Comum Brasileira (DCB), facilitam a sua aquisição pela rede pública bem como sua eventual incorporação.

O quarto parâmetro exige a justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública. Neste

caso, quando se tratar de demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos do SUS.

Por fim, o quinto parâmetro irá afirmar que em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS.

Vê-se que ambos os votos até então apresentados pelos ministros buscam determinar parâmetros objetivos para as demandas por medicamentos ou tratamentos considerados de alto custo, criando, portanto, regras que atingem sobremaneira as políticas públicas de saúde desenvolvidas pela Administração Pública nos âmbitos federal, estadual e municipal.

Tomando-se como referência os dois precedentes paradigmáticos do STF (STA 175 e o RE 566477 ainda em andamento), verificamos que a tendência é de continuidade da prevalência de uma fundamentação que qualifica o direito à saúde como um direito prioritariamente individual, ligado intrinsecamente com a proteção de uma vida digna, como um valor absoluto, em detrimento de questões financeiras, orçamentárias, e políticas. Reconhecemos o papel desempenhado pelo judiciário na tutela dos direitos sociais fundamentais em geral, e do direito à saúde particularmente. Sabemos que o Poder Executivo, em um contexto de escassez moderada, nem sempre age com a eficiência desejável ao lidar com os recursos públicos, contudo isto não legitima o Judiciário a interferir discricionariamente na implementação e execução das políticas públicas, assumindo o papel de protagonista principal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na busca de respostas às questões levantadas, quanto aos parâmetros e critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal nas demandas por medicamentos de alto custo, chega-se às seguintes conclusões:

1. O direito à saúde possui uma dupla fundamentalidade: formal e material³³⁶. No contexto do neoconstitucionalismo, a fundamentalidade material do direito à saúde é reconhecida por três distintos tipos de argumentações jusfilosóficas: (I) a saúde como condição para o exercício da liberdade ligada à ideia de autonomia privada; (II) a saúde como condição da democracia ligada à ideia de autonomia pública; e (III) a saúde como corolário lógico da dignidade da pessoa humana.

2. É sob esta perspectiva neoconstitucionalista, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a fundamentalidade da saúde como um direito diretamente ligado à liberdade concreta e também à dignidade da pessoa humana. Considerado como uma consequência indissociável do direito a uma vida digna, o direito a saúde – consubstanciado em prestações materiais do Estado, por meio da assistência farmacêutica –, faz parte de um conjunto mínimo de condições materiais, ora como instrumento indispensável à promoção da liberdade (autonomia privada) ou da democracia (autonomia pública), ora como uma demanda autônoma de justiça como pressuposto lógico da dignidade da pessoa humana.

3. Nas situações analisadas, o direito à saúde, por meio da assistência farmacêutica, é qualificado como um direito subjetivo público, devendo ser prestado materialmente, sem a necessidade de uma interposição legislativa, mesmo que consubstanciado em norma de caráter programático (art.196 da CF/88). Logo, para a jurisprudência do tribunal, as normas de direito à saúde podem ter eficácia direta e aplicabilidade imediata. Parte da doutrina, entretanto, sustenta que a norma contida no §1º do artigo 5º da Constituição de

³³⁶ A fundamentalidade formal diz respeito à posituação de suas normas no texto constitucional, as quais passam a se distinguir de outras normas infraconstitucionais, em razão de sua superioridade hierárquica, dos limites de reforma constitucional e de sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º da CF/88). Já a ideia de fundamentalidade material do direito à saúde está ligada à importância do bem jurídico protegido pela ordem constitucional.

1988 não pode atentar contra a “natureza das coisas” – de modo que, parte dos direitos fundamentais só poderiam alcançar sua eficácia nos termos e na medida da lei.

4. A responsabilidade, pelo fornecimento de medicamentos de alto custo, entre os entes federados, é solidária, sendo que o requerente pode pleiteá-los de qualquer um deles. O sentido do termo “Estado”, constante no artigo 196 da Constituição de 1988, abrange a União, os Estados e os Municípios, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles, isoladamente ou em conjunto. Esta interpretação, entretanto, é criticada por parte da doutrina, que tem qualificado tal responsabilidade como subsidiária (sucessiva), e não solidária, reconhecida a partir da esfera municipal local em direção ao âmbito nacional da União. Tal leitura se deve ao fato de que o Sistema Único de Saúde atribuiu à União somente as ações e serviços que os Estados-federados, e depois os Municípios, não puderem executar de forma satisfatória.

5. Por razões ético-jurídicas, o direito à assistência farmacêutica nestes casos, prevalece sobre o interesse econômico-financeiro do Estado, logo, problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do direito à saúde, sendo idôneo, se necessário, a determinação, pelo judiciário, do bloqueio de verbas públicas. Tal posicionamento demonstra que o Tribunal tem atuado conforme o modelo teórico da verificação da limitação dos recursos (conceito desenvolvido no item 1.3) considerando a cláusula da “reserva do possível” somente como um limite às prestações estatais positivas, desde que garantido um “mínimo existencial”.

6. O problema dos custos dos direitos, confirmando a hipótese inicialmente proposta, fica relegado a um segundo plano, pois, os direitos de liberdade, por serem qualificados como negativos ou por demandarem somente prestações não-fáticas, na prática, poderiam ser efetivados sem a necessidade de observar as reservas orçamentárias. Entretanto, conforme crítica doutrinária, não é a exaustão da capacidade orçamentária que, necessariamente, frustrará a efetivação dos direitos fundamentais, mas sim a escolha política em se proteger mais (parte de) determinado direito em detrimento de outro, haja vista que, todos os direitos têm custos.

7. A atuação proativa dos Ministros, como protagonistas de um processo de judicialização excessiva tem trazido preocupação aos gestores de saúde. A concessão de forma direta de medicamentos de alto custo somente àqueles que recorrem ao judiciário, tem gerado um custeio imprevisto e imediato, como se os recursos públicos fossem ilimitados ou suficientes para serem manejados e distribuídos pelo Judiciário, sem necessidade de considerações acerca das escolhas tomadas no âmbito político e do planejamento previamente feito na fase de elaboração das políticas públicas.

8. No histórico jurisprudencial analisado distinguem-se três fases: a primeira, uma fase de edificação dos fundamentos teórico-jurídicos utilizados na argumentação das decisões, seguida de um aumento considerável na judicialização das demandas por medicamentos de alto custo; a segunda, uma fase onde buscou-se a definição de critérios objetivos para solução destas demandas, de forma a restringir e controlar sua expansão exagerada; e uma terceira fase, marcada pelo estabelecimento de requisitos objetivos cumulativos, ainda não definitivos, como uma resposta ao insucesso da segunda fase frente a crescente judicialização, representando o amadurecimento da discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

9. A separação entre a primeira e a segunda fase tem como marco jurisprudencial a decisão proferida no AgR na STA nº 175/CE, julgado em 2010, onde foram definidos três critérios e parâmetros objetivos: (I) primeiro se privilegia o tratamento fornecido pelo SUS, pois, neste caso, já existe a definição da política a ser implementada; não havendo tratamento/medicamento, ou sendo este ineficiente, (II) se tratar de tratamento experimental, o Estado não pode ser condenado a fornecê-lo, mas (III) se se for o caso de novos tratamentos/medicamentos – aqueles ainda não incorporados pelo SUS devido à rapidez da evolução do conhecimento e tecnologia médico-farmacêutica – o Estado pode ser obrigado a custeá-los, desde que haja instrução processual com ampla produção de provas.

10. A terceira fase é marcada pelo estabelecimento de critérios e parâmetros delineados nos votos proferidos no julgamento (ainda não encerrado) do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, realizado em 2016. Ficou definido (até

o momento) que o Estado ficará obrigado a custear o medicamento de alto custo demandado, não incluído na política nacional de medicamentos ou programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional: (I) se for demonstrado sua impossibilidade de substituição por outro já incorporado pelo SUS, bem como, (II) comprovada a incapacidade financeira do enfermo em custeá-lo (ou a disponibilidade da família, na opinião do Min. Marco Aurélio).

11. Outros parâmetros específicos também foram definidos por cada Ministro. Para o Min. Marco Aurélio é necessária a demonstração da imprescindibilidade do medicamento. Para o Min. Luís Roberto Barroso é indispensável ainda (I) a demonstração de que a sua não incorporação, não resultou de decisão dos órgãos competentes, (II) a comprovação da sua eficácia à luz da medicina baseada em evidências, (III) a propositura da demanda em face da União e (IV) a realização de um diálogo institucional. Por fim, para o Min. Edson Fachin é obrigatório (I) prévio requerimento administrativo, (II) prescrição realizada por médico da rede pública, (III) indicação por meio de DCB ou DCI, e (IV) laudo ou formulário que indique a necessidade do tratamento, seus efeitos, evidências e vantagens para o paciente.

12. As políticas públicas, normalmente, desenvolvidas pelo Executivo ainda são a melhor forma de se atender a maior parte da população, de se entregar a prestação material devida, conforme determina nossa Constituição Federal. A via judicial não pode substituí-la e, mesmo em caso de ineficiências e omissões, não é concedendo a prestação a alguns em detrimento de todos os outros necessitados (princípio da universalidade e da igualdade), que se resolverá o problema da efetividade social dos direitos fundamentais.

13. Se todos os direitos têm custos e se os recursos financeiros de ordem orçamentária são finitos, então a distribuição deles, independentemente do critério de justiça adotado, não pode ser realizada no interior de um processo judicial, mas somente, através de políticas públicas efetivamente implementadas, as quais passam por todo um processo de formação, desenvolvimento e análise feito por órgãos especializados e com capacidade técnica superior àquela que os magistrados possam ter.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. "Derechos Sociales Fundamentales". In: Miguel Carbonell, Juan Antônio Parcero y Rodolfo Vázquez. **Derechos Sociales y Derechos de las Minorias**. México: Editorial Porrúa, 2004.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. In (org.) TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

_____. **Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes**. In (org.) TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARANHA, Márcio Iório (Org.). **Direito Sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde; Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; Escola Nacional de Saúde Pública, 2003.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2ª. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. O Direito a Prestações de Saúde: complexidades, Mínimo Existencial e o valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos**

Sociais Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2010, pp. 803-826.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** 3. ed. Rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** Revista de Direito do Estado, Vol.1, nº 3, p.17-54.

BARBOSA, Jeferson Ferreira. **Direito à saúde e solidariedade na constituição brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BARROSO. Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para sua judicialização.** Revista Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, nº 188, p. 29-60, jan./mar. 2009 Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>>. Acesso em 24 abr. 2018.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista de Direito do Estado, nº 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 set 2017.

_____. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATISTA JUNIOR, O. A. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARBERIS, Mauro. **Neoconstitucionalismo.** Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 1, n. 7, p. 17-30, jan.-jun. 2006, p. 19. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-07/revista07-vol1.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade.** Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 1. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 15ª Ed. 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSS, Paulo Marchiori. **Promoção da saúde da família**. Revista Brasileira de Saúde da Família. Brasília, v. 2, n. 6, p. 50-63, dez. 2002.

CALABRESE, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**. W.W. Norton & Company. New York. London. 1978.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. “Metodologia fuzzy” e camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 97-113.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

_____. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1999.

CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, Marcus Faro. Dimensões políticas e sociais do Direito Sanitário brasileiro. In: ARANHA, Márcio Lório (Org.). **Direito Sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde; Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; Escola Nacional de Saúde Pública, 2003. v. 1. p. 379-390.

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

CLÈVE, Emerson Merlin. “O problema da Legitimação do Poder Judiciário e das Decisões Judiciais do Estado Democrático de Direito”, Debates, nº 20: **A**

Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1999.

COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico". In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** Revista de informação legislativa, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/364>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

_____. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva. 2010.

COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de Razoabilidade no direito comparado.** Brasília: Thesaurus, 2008.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à saúde.** Revista Saúde Pública, São Paulo, 22(1): 57-63, 1988.

_____. **A construção do direito à saúde no Brasil.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v.9, n.3, Fev.2009.

_____. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário.** São Paulo: Verbatim. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A raposa e o Porco-espinho: justiça e valor.** São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAZ, Octavio L.M; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os riscos da Interpretação Judicial Dominante.** DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 52, no 1, 2009, pp. 223 a 251.

_____.; WANG, Daniel Wei L. **As duas portas do SUS.** Folha de São Paulo, 19/06/2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/171851-as-duas-portas-do-sus.shtml>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. **Saúde no Brasil: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007.

FREITAS, Daniel Castanha. **A equivocada “solidariedade” dos entes federados para a concretização das políticas públicas de saúde: divisão de competências da lei 8080/90, responsabilidade subsidiária e alternativas administrativas para o acesso universal**. In: Seminário Internacional Eficiência e Ética na Administração Pública, 2015, Curitiba. Eficiência e ética na Administração Pública. Curitiba: Íthala, 2015. p. 369-370.

_____. **Direito Fundamental à saúde e medicamentos de alto custo: entre Administração Pública e Poder Judiciário**. Dissertação de Mestrado apresentada ao PPGD da PUCPR. Orientador: Daniel Wunder Hachem. Curitiba, 2016. Disponível em: <<http://www.biblioteca.pucpr.br/pergamum/biblioteca/img.php?arquivo=/00005d/00005d48.pdf>>. Acesso em: 29/06/2018.

GAIER, Reinhard. **Prestações positivas contra o Estado e a cláusula da reserva do possível**. In: II SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA, 2011, Florianópolis. Disponível em: <<http://bit.ly/2uIDaoB>>. Acesso em: 18 jul. 2017. Organizado pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF). Versão impressa: II Seminário Internacional Brasil–Alemanha: Thompson Flores (português–alemão): 16 e 17 de junho de 2011, Florianópolis, Brasil/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Márcio Flávio Mafra Leal – Brasília: CJF, 2011. – (Série Cadernos CEJ: 27).

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Leila Posenato; MAGALHÃES, Luís Carlos G. de; ÁUREA, Adriana Pacheco; SANTOS, Carolina Fernandes dos; ALMEIDA, Raquel Filgueiras de. **Epidemiologia das doenças negligenciadas no Brasil e gastos federais com medicamentos**. IPEA. Brasília, abril de 2011. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1577/1/td_1607.pdf> Acesso em: 10/05/2018.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. **Racionalidade econômica, escolhas trágicas e o custo dos direitos no acesso à saúde**. Diké - Revista Jurídica do curso de Direito da UESC/Universidade Estadual de Santa Cruz, Departamento de Ciências Jurídicas. Ilhéus: UESC, 2017 301p. Semestral.

GOTTI, Alessandra. **Direito Sociais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva. 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v.1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. [orig. Die normative Kraft der Verfassung, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen].

HIRSCHL, Ran. **The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide**. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *In* Revista de Direito Administrativo. FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 21/02/2018.

HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. São Paulo: UNESP, 2003.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional**. Revista de direito sanitário. São Paulo: V. 9, n. 1, p. 50-69, mar- jun. 2008.

_____. **Condições e Possibilidades Eficáciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Uma avaliação crítica do tripé de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva**. Brasília a. 46 n. 182 abr./jun. 2009.

LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis E. P. Fernandes de; SOUZA, Leiza A. de Oliveira; JULIANO, Iraildes Andrade. **Decisões judiciais relativas à saúde: resultados em 2017**. In Relatório Acompanhamento de Políticas. Observatório de análise política em saúde. 2017.

LOPES, Jose Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, Jose Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARX, Karl. **Crítica do programa de Gotha**. São Paulo: Boitempo, 2012.

MAYNARD, Alan and BLOOR, Karen. **Our Certain Fate: Rationing in Health Care**. Office of Health Economics, 12 Whitehall London SW1A 2DY, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais. Teoria jurídica os direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2010.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

NUSSBAUM, Martha C. **La fragilidad del bien: fortuna y ética em la tragédia y la filosofia griega**. trad. A. Ballesteros, Madrid, Visor, 1995.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção. **História, Ciências, Saúde**. Manguinhos, RJ, v.21. n.1, jan.-mar. 2014, p.15-35.

PERLINGEIRO, Ricardo. **É a reserva do possível um limite à intervenção jurisdicional nas políticas públicas sociais?** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, ano 1, v. 2, set./out. 2013. p. 184-185.

PIOLA, Sérgio Francisco. **Saúde no Brasil: Algumas questões sobre o Sistema Único de Saúde (SUS)**. Brasília: CEPAL/IPEA, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, e Direitos Civis e Políticos**. Revista internacional de direitos humanos. Ano 1, Nº 1, 2004, publicada pela SUR – Rede Universitária de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.surjournal.org>>. Acesso em 12/08/2018.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: Questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

RAWS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O Liberalismo Político**. 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

SANT'ANA, João M. Brambati; PEPE, Vera L. Edais; CASTRO, Claudia G. E. Osóri de; VENTURA, Mirian. **Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil**. Rev Panam Salud Publica. 2011: v. 29, n. 2, p. 134-44.

SANTOS, Taís Dórea de Carvalho Santos. **O Estudo das Escolhas Trágicas à luz do Princípio da Eficiência e os Precedentes Judiciais**. Dissertação apresentada ao PPGD de Mestrado em Direito da UFB. Disponível em <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17781>>. Acesso em 14/11/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 3, n. 12, out. 2001. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51364>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 24, 02 jul. 2008.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **Direitos Fundamentais. STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos**. Coluna do site Conjur.com.br. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>>. Acesso em: 12/11/2018.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 1. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 553-586.

_____. **O mínimo existencial / The right to basic conditions of life**. Revista de Direito da Cidade, v. 8, n. 4, p. 1644- 1689, nov. 2016. ISSN 2317-7721. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034/19156>>. Acesso em: 25 set. 2018.

SCAFF, Fernando Facury. **Você não sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas**. Matéria publicada na página do site conjur.com.br dia 23/01/2018, disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-jan-23/contas-vista-vivemos-entre-reserva-possivel-escolhas-tragicas>>. Acesso em: 07/08/2018.

_____. e NUNES, Antônio José Avelãs. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

SCHWARTZ, Germano. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

_____. e BORTOLOTTO, Franciane Woutheres. **A dimensão prestacional do direito à saúde e controle judicial de políticas públicas sanitárias**. Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008.

SCLIAR, Moacyr. **História do Conceito de Saúde**. Revista Saúde Coletiva. RJ, 17(1): 29-41. 2007.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

_____. **A judicialização da saúde no século XXI**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Pública: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SILVA, Jose Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: NETO, C.; SARMENTO, D. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, P. H. G.; MEDEIROS, M. **The Concentration of Income at the Top in Brazil, 2006-2014**. Working Paper, n. 163. Brasília: Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo (IPC-IG), 2017.

SUNSTEIN, Cass R. **Beyond the Republican Revival**. Yale Law Journal 97: 1539-1590 (1988). Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12192&context=journal_articles>. Acesso em: 04/10/2018.

_____.; HOLMES, Stephen. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York. New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as Políticas Públicas no Brasil**. Dados-Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol.50, nº2, pp.229-257.

TORRES. Ricardo Lobo. Rev. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Direito Administrativo. RJ, 177:29-49. Jul/Set 1989. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582007000200001&script=sci_abstract&lng=es>. Acesso em: 24/07/2018.

_____. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Vol. I – Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRAVASSOS, Cláudia et al . Desigualdades geográficas e sociais na utilização de serviços de saúde no Brasil. **Revista Ciência & saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 133-149, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232000000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 Abr. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio de. **Ativismo jurisdicional e Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

_____. **Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, V.14, n. 14, p. 387-408, jul-dez. 2013.

VANDERPLAAT, Madine. "Direitos Humanos: uma Perspectiva para a Saúde Pública." In: **Saúde e Direitos Humanos**. Ano 1, n. 1. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 27-33. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh_2004.pdf>. Acesso em: 31-07-2018.

VIANNA. Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Revan. 1999.

_____; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social (online). Revista de sociologia da USP, 2007, v. 19, n. 2, pp.39-85. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702007000200002&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 10/08/2018.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definição e fins do direito: os meios do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Revista Direito GV. São Paulo: 4(2) p.539-568, Jul-Dez, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

Anexos

Anexo 1 – Quadro de acórdãos do STF analisados

Data de julgamento	Decisão (tipo)	Resultado (decisão)	Resumo e argumentos dos recorrentes	Argumentos sustentados nos votos
04/05/99; DJ 13-08-1999	RE 195.186-9/RS; Rel. Ilmar Galvão	Recurso não conhecido	Dever de importar medicamento inexistente no mercado nacional a menor pobre, com doença rara. Ofensa aos arts. art. 5º e 196 da CF/88.	Não houve ofensa aos dispositivos constitucionais (art. 5º e 196) invocados.
29/06/99; DJ 17-09-1999	RE 242.859-3/RS; Rel. Ilmar Galvão	Recurso não conhecido	Fornecimento pelo Estado (RS) de medicamento a portadora de HIV, a pessoa carente de recursos. Ilegitimidade do Estado no polo passivo.	O próprio Estado vinculou-se a programa de distribuição de medicamentos ao editar Lei Estadual (9.908/93).
16/11/99; DJ 18-02-2000	AgR em Agl 238.328-0/RS; Rel. Marco Aurélio	Provisionamento negado	Fornecimento pelo Município de Porto Alegre de medicamento para pessoa carente com HIV. Ilegitimidade do município no polo passivo.	Art.196 tem eficácia imediata; responsabilidade solidária: a expressão “Estado” abrange todos os entes federados; relação da saúde com uma vida digna; a falta de regulamentação no município não impede sua responsabilidade.
22/02/00; DJ 31-03-2000	RE 195.192-3/RS; Rel. Marco Aurélio	não conhecido	Fornecimento a menor impúbere, de medicamento dos EUA ou Suíça, para tratamento de doença rara (fenilcetonúria). Grave lesão às finanças e saúde públicas.	Problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do direito à saúde.
08/08/00; DJ 16-02-2001	AgR no RE 259.508-0/RS; Rel. Maurício Corrêa	Provisionamento negado	Município de Porto Alegre alegou que, ficou acordado na CIB que medicamentos excepcionais (p/ HIV) é responsabilidade do Estado; afronta à separação dos poderes; o judiciário não está habilitado a inverter o acordo sob pena de inviabilizar financeiramente o município.	Não há ofensa ao princípio da separação dos poderes porque a repartição das competências atendeu aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração.
08/08/00; DJ 07-12-2000	AgR no RE 257.109-1/RS; Rel. Maurício Corrêa	Provisionamento negado	Município de Porto Alegre alegou que em razão do acordo na CIB, não é responsável pelo fornecimento de medicamentos excepcionais; que decisão judicial que não observa repartição de competência para operacionalização dos serviços e gestão financeira, ofende a separação dos poderes.	Não há ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois cuida-se de hipótese de divisão de funções com vistas à execução dos encargos cometidos por lei ao Estado.
12/09/00; DJ 24-11-2000	AgR no RE 271.286-8/RS; Rel. Celso de Mello	Provisionamento negado	Obrigações de fornecer medicamento para HIV; Município de Porto Alegre alegou violação do art.167, I da CF/88 que veda início de programas não incluídos na lei orçamentária anual;	Voto do Min. Celso de Mello: o caráter programático da regra do art. 196 não pode converter-se em “promessa constitucional insequente”; por razões ético-jurídicas, o direito a vida e à saúde prevalece sobre o interesse financeiro e secundário do Estado; fundamentalidade do direito à saúde ligada à ideia de liberdade concreta; é legítima a interferência do Judiciário nas políticas de saúde em casos de omissão ou ineficiência; a saúde é direito público subjetivo – poder de exigir prestações estatais positivas; Voto Min. Marco Aurélio: Norma do art. 196 tem eficácia imediata; a referência a “Estado” alcança todos os entes federados. A

				falta de regulamentação municipal para custeio não impede responsabilidade do município.
21/11/00; DJ 23-02-2001	AgR no RE 255.627-1/RS; Rel. Nelson Jobim	Provimento negado	Município de Porto Alegre alegou que no acordo da CIB ficou reservada a responsabilidade ao Estado (RS) pelos medicamentos excepcionais; afronta à separação dos poderes; não houve previsão orçamentária para despesas com medicamentos excepcionais, nem computação no repasse de verbas da União e Estado. Portaria 874/97 do MS atribuiu ao próprio MS a responsabilidade pelos medicamentos para HIV.	Eficácia imediata do art. 196; conceito abrangente de "Estado"; obrigatoriedade do fornecimento conforme Lei estadual (9908/93) e convênios celebrados para implantação do SUS; relação da saúde com uma vida digna.
28/08/01; DJ 21-09-2001	AgR no RE 273.042-4/RS; rel. Carlos Velloso	Provimento negado	O município de Porto Alegre alegou: afronta à separação dos poderes; não observância da repartição de competência para operacionalização dos serviços de saúde; Responsabilidade exclusiva do Estado (RS) conforme acordo na CIB e previsão na Lei 9908/93.	A jurisprudência do STF entende que o Estado é obrigado a fornecer os medicamentos a hipossuficientes.
25/09/01; DJ 25-09-2001	AgR no RE 268.479/RS; rel. Sydney Sanches	Provimento negado	Responsabilidade exclusiva do Estado (RS) conforme acordo na CIB;	O acordo não tem correlação com a separação dos poderes, pois se cuida de divisão de funções para execução de encargos legais; seguiu a jurisprudência (RE 242.859; RE 248.326-5).
25/06/02; DJ 13-09-2002	RE 256.327-7/RS; rel. Moreira Alves	Não conhecido	Pessoa carente. Doença Neurológica. O Estado alega: responsabilidade solidária do município; ilegitimidade passiva do Estado, pois compete à União; e ausência de previsão orçamentária. a assistência a saúde é voltada para a coletividade e não de forma individualizada.	Não há responsabilidade solidária do município, pois o Estado (RS) que recebe a verba do SUS; há responsabilidade de todos quanto ao atendimento da saúde; a falta de previsão orçamentária é por imprevisão ou falha do Estado – não há necessidade de previsão orçamentária; se a lei Estadual obriga o Estado (RS) então a ele compete providenciar em concretizar as medidas de atendimento; não se admite, por conveniências ou outros destinos das verbas públicas, concorrer para a morte do paciente.
12/04/05; DJ 06-05-2005	AgR no AI 486.816-1/RJ; rel. Carlos Velloso	Provimento negado	Fornecimento de medicamentos e custeio de passagens aéreas para tratamento em São Paulo.	Conforme precedentes do STF, dentre eles: AgR RE 271.286/RS e RE 264.269/RS.
07/06/05; DJ 01-07-2005	AgR no RE 281.080-1/RS. rel. Cezar Peluso	Provimento negado	Portadora de vírus HIV, carente de recursos. Município de Porto Alegre alegou ofensa aos artigos 5º, I e 196 da CF/88.	Conforme precedentes: RE 242.859 e RE 248.326-5; Art. 557, §2º do CPC/73 – recurso carente de novos fundamentos.
11/10/05; DJ 11-10-2005	AgR no RE 264.479-0/RS	Provimento negado	Portadora de vírus HIV, carente de recursos. Município de Porto Alegre alegou ofensa aos artigos 5º, I e 196 da CF/88.	Conforme precedentes: RE 242.859 e RE 248.326-5; Art. 557, §2º do CPC/73 – recurso carente de novos fundamentos.
09/05/06; DJ 02-06-2006	AgR no AI 554579/RS	Provimento negado	O Agravante é o doente. Alegou que o acordo impugnado restringiu-se à análise da lei estadual 9908/13.	Não se provou que o medicamento era excepcional e indispensável à vida do paciente.
10/10/06; DJ 06-11-	AgR no AI 597.182/	Provimento negado	O Estado (RS) alega que o sequestro de verbas públicas só pode ocorrer em caso de quebra da	Não há similitude no caso pois, o bloqueio de verbas é meio idôneo coercitivo para cumprimento da

2006	RS; rel. Cezar Peluso		ordem cronológica de pagamentos de precatórios (art. 100, §2º CF/88).	determinação judicial de fornecimento de medicamento; art. 557, §2º do CPC/73 – recurso carente de novos fundamentos.
24/10/06; DJ 24-11-2006	AgR no AI 604.949-4/RS; rel. Eros Grau	Provimento negado	O Estado (RS) alega não possuir legitimidade passiva e também nulidade na citação.	O acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência do STF; não tem pertinência o bloqueio de verbas públicas com a alegação de ofensa ao art. 100 da CF/88 que trata de precatórios.
12/12/2006; DJ 02-02-2007	AgR RE 393.175-0/RS; rel. Celso de Mello	Provimento negado	Paciente com esquizofrenia paranoide e doença maniaco-depressiva crônica.	Mesmo argumentos do AgR no RE 271.286-8/RS.
06/02/07; DJ 02-03-2007	AgR no RE 490.661/RJ; Sepúlved Pertence	Provimento negado	O Agravante é o doente. Alegou violação do art. 196.	Falta de comprovação da hipossuficiência do autor – questão de fato de reexame vedado no RE (Súmula 279).
02/03/07; DJ 02-03-2007	AgR AI 562703/RS; rel. Sepúlved Pertence	Provimento negado	O Agravante é o doente. Alega violação do art. 196.	Não comprovou a excepcionalidade do medicamento, serem indispensáveis para sua sobrevivência. Aplicação da Súmula 279 do STF.
04/09/07	AgR AI 648971/RS	Provimento negado	O Estado (RS) alega que após EC 30/00, o sequestro de verbas públicas é admitido apenas para satisfação de precatórios.	Acompanhou a jurisprudência do STF: o Estado é obrigado a fornecer medicamentos indispensáveis a pacientes hipossuficientes (AI 597182, DJ 6-11-06).
23/10/07	AgR AI 616551/GO	Provimento negado	O Estado (GO) alega descumprimento de lei Federal e Estadual.	Acompanhou a jurisprudência do STF: medicamentos indispensáveis a pacientes hipossuficientes.
11/12/07	AgR RE 534908/PE	Provimento negado	O Estado (PE) alega garantia da universalidade do fornecimento de medicamentos e correta alocação de recursos.	Acompanhou a jurisprudência do STF: referiu-se ao AgR RE 271.286.
26/02/08	AgR-ED AI 626445/RS	Rejeitado	O Estado (RS) alega que bloqueio de verbas pode desestabilizar todo o sistema de saúde.	Conforme caso análogo AgR AI 597.182. É cabível o bloqueio de verbas como meio coercitivo para salvaguardar o direito à saúde.
03/06/08	AgR RE 554088/SC	Provimento negado	O Estado (SC) alega que o Ministério Público não tem legitimidade para impetrar ações de interesse individual, usurpando a competência da Defensoria Pública e Advocacia privada.	O MP tem legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública na defesa de direito à saúde de hipossuficiente, com base no art. 127 CF/88.
19/05/09	AgR AI 553712-4/RS	Provimento negado	O Estado (RS) alega violação do art. 100 CF/88 – os pagamentos devem ser feitos somente por meio de precatórios. A intervenção do Judiciário nas políticas públicas prejudica a regulamentação sobre verbas públicas e a previsão de gastos.	Referência ao AgR RE 271.286/RS.
26/05/09; DJe 28-08-2009	RE 407902-0/RS; rel. Min. Marco Aurélio	Foi dado Provimento	O Ministério Público propôs ação civil pública buscando o fornecimento de medicamento em caráter de urgência para pessoa idosa com risco de vida, com base nos arts. 127 e 129, II e III da CF/88. Tendo o Tribunal do Estado (RS) extinto o processo sem julgamento do mérito.	O STF afastou a extinção do processo; reconheceu a legitimidade ativa do MP conforme art. 127 (defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis) e 129, II da CF/88.
17/03/10; DJe	AgR STA 175/CE;	Provimento	A União alegou: violação a separação dos poderes e às	Definiu parâmetros para que o Judiciário possa determinar ao Esta-

30-04-2010	rel. Min. Gilmar Mendes	negado	normas e regulamentos do SUS; grave lesão às finanças e à saúde pública, levando à descontinuidade da prestação para o restante da população e risco de efeito multiplicador.	do o fornecimento de medicamentos de alto custo: o SUS não é obrigado se tratar de medicamento/tratamento experimental; se for medicamento/tratamento "novo" ainda não incorporado, o SUS é obrigado desde que haja instrução processual com ampla produção de provas.
23/06/10; DJe 13-08-2010	AgR STA 361/BA; rel. Cezar Peluso	Provimento negado	Medicamento de alto custo MYOZYME não contemplado pela política farmacêutica da rede pública. O Estado (BA) alega: sem comprovação da eficácia e segurança; grave lesão à ordem e economia pública; impacto no orçamento público pelo alto custo (920 mil reais por ano) e efeito multiplicador.	Paciente sem condições financeiras para custeá-lo; possui registro na ANVISA; há constatação científica da eficácia (FDA e EMEA); risco de danos à saúde e à vida; o alto custo não é, por si só, motivo para seu não fornecimento.
24/06/10; DJe 12-08-2010	AgR STA 334/SC; rel. Cezar Peluso	Provimento negado	MP ajuizou ACP para entrega do medicamento Entecavir nos casos de Hepatite B crônica e coinfectados com HIV. União alegou: risco à ordem e saúde públicas visto que o medicamento não é recomendável para a generalidade dos casos.	A decisão de suspensão já foi julgada pelo TRF da 4ª Região, cujo acórdão exigiu a prescrição de médico integrante do SUS que seguiu os procedimentos do PCDT (cf. Portaria GM 2561/2009).
24/06/10; DJe 13-08-2010	AgR STA 328/PR; rel. Cezar Peluso	Provimento negado	MP Ajuizou ACP para entrega de medicamentos para tratamento de doença pulmonar OC. A união alegou: ser a decisão genérica por falta de indicação dos beneficiários impedindo previsão do número de pacientes, o que traz risco a ordem e economia públicas; necessidade de perícia médica.	Foram exigidas condições específicas: residência no município e indicação em receituário médico expedido por médico do SUS, suficiente para comprovação da necessidade de tratamento. A lesão à ordem ou economia públicas deve ocorrer concretamente e não hipoteticamente.
24/08/10; DJe 24-09-2010	AgR AI 700.543/RS; rel. Carmen Lúcia	Provimento negado	O Estado (RS) alegou que o bloqueio de verbas públicas viola art. 2º e 100, §2º da CF/88, só é admitido para satisfação de precatórios quando da quebra da ordem cronológica de requisições; viola art. 196 prejudicando a efetivação de políticas públicas de saúde.	A jurisprudência do STF firmou entendimento de que a decisão judicial que determina o bloqueio de verbas públicas para medicamentos a hipossuficientes não contraria o art. 100, § 2º da CF/88. Faz referência a AI 597182-AgR.
02/12/10; DJe 31-01-2011	AgR AI 808059/RS; rel. Ricardo L.	Provimento negado	O Estado (RS) alega que a matéria solidariedade será discutida no RE 566.471/RN após reconhecida repercussão geral	A orientação do STF é de que a regra do art. 196 da CF/88 destina-se a todos os entes federativos, conforme RE 271286-AgR/RS e SS 3355-AgR/RN.
26/04/11; DJe 12-05-2011	AI 797349 AgR/RS;	Provimento negado	O município de Caxias do Sul alegou necessidade de respeito à divisão de competências; o direito deve ser atribuído ao ente público responsável pelo fornecimento do medicamento pleiteado	A jurisprudência do STF reconhece a responsabilidade solidárias dos entes federativos em matéria de saúde; referência à SS 3335-AgR e AI 808059-AgR.
31/05/11; DJe 17-06-2011	AgR RE 607381/S C; Luiz Fux	Provimento negado	O Estado (SC) alega violação dos arts. 23, II, 196 e 198, § 1º da CF/88, pela impossibilidade de chamamento da União ao processo.	Foi reconhecida a solidariedade entre os entes federativos na prestação de serviços de saúde. O Estado (SC) deverá arcar com os custos sozinho pois essa foi a escolha da autora da ação.
13/04/11; DJe 10-08-2011	RE 368564/DF; rel. Menezes Direito	Provimento negado	Tratamento médico (experimental) em Cuba no valor de U\$ 12.580,00 – retinose pigmentária; A União alegou que: o Estado não é obrigado a custear tratamento médico no exterior quando já existir idêntico no Brasil; arts. 6º e 196 são normas programáticas, de eficácia contida, incumbindo ao Legislativo o	Min. <i>Menezes Direito</i> : no caso não existe possibilidade certificada de cura ou tratamento, cf. laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia. Min. <i>Marco Aurélio</i> : não discute o caráter experimental do tratamento; o direito à saúde prevalece sobre o interesse econômico-financeiro do Estado; Min. <i>Ricardo Lewandowski</i> : A

			juízo de oportunidade e avaliação da extensão do programa; não regula situações e relações individuais, estabelecendo direito subjetivo da cada indivíduo pleitear tratamento de saúde no exterior.	interferência do Judiciário nas políticas de saúde trata-se de sobreposição institucional em matéria de definição de princípios definidores das políticas públicas; trata o direito à saúde de caráter universal como individual, sem ter como definir, de modo racional e objetivo, os graus de prioridade de distribuição de recursos limitados; o tratamento não teve sua eficácia comprovada. Min. Luiz Fux: se baseia na esperança de cura; o parecer técnico e a Portaria 763 não é suficiente para proibir tratamento no exterior pelo SUS.
18/09/12; DJe 02-10-2012	AgR RE 627411/SE; rel. Rosa Weber	Provim ento negado	Pedido de tratamento de saúde multidisciplinar e concessão de medicamentos a doente (dislexia) sem condições de arcar com os custos. A União alegou que a responsabilidade seria do Estado (SE) e município.	União, Estados e Municípios são responsáveis solidários pela saúde – referência a STA 175-AgR/CE.
05/03/13;	AgR RE 685230/MS; rel. Celso de Mello	Provim ento negado	Fornecimento de medicamento a pessoa carente de recursos financeiros portadora de “diabetes melitus”.	Referência à Pet 1.246-MC/SC: a vida e a saúde prevalecem sobre interesse financeiro e secundário do Estado. Mesmo argumentos em seu voto no RE 271.286-8-AgR/RS.
25/06/13	AgR ARE 738729/RS; Rosa Weber	Provim ento negado	União alega ofensa ao art. 2º da CF/88 contra a responsabilidade solidária pelo fornecimento de medicamentos.	A responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos pelo Estado é solidária e o requerente pode pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos.
18/03/14	AgR RE 717290/RS; Luiz fux	Provim ento negado	União alega ofensa arts. 37 e 198, I da CF/88, negativa da responsabilidade solidária de fornecer medicamentos em face da descentralização garantida por norma constitucional.	O fornecimento de medicamentos deve ser prestado de forma solidária entre os entes da federação. A matéria não foi incluída no Plenário Virtual para manifestação sobre repercussão geral.
01/04/14	ED RE 792612/RN; Cármen Lúcia	Provim ento negado	O Estado (RN) alegou que a responsabilidade solidária foi tratada no RE 566.471/RN, devendo o recurso embargado ficar sobre-stado.	O tema não foi tratado no RE 566.471/RN. A jurisprudência do STF: SS 3.335 assentou a responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde.
13/05/14	AgR ARE 803274/MG; rel. Teori Zavascki	Provim ento negado	O município e Uberlândia alegou que: a responsabilidade dos entes federativos é repartida e não solidária (arts. 1º e 30, VII da CF); o tratamento de alto custo é de competência da União; as normas programáticas não asseguram ao direito subjetivo de obter todo e qualquer medicamento.	A jurisprudência do STF assentou a responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde. O Min. ressaltou seu ponto de vista em sentido contrário em seu voto no AgR REsp 88.8975/RS, compete aos municípios a assistência farmacêutica
02/09/14	AgR RE 818572/CE; Dias Toffoli	Provim ento negado	O Estado (CE) alegou ser parte ilegítima porque a Lei 8080/90 conferiu aos municípios a execução direta do serviço de saúde; A União pediu o sobrestamento do feito em razão do RE 566471/RN.	A jurisprudência do STF assentou a responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde. Foi determinada a devolução dos autos ao Tribunal de origem (art 543-B do CPC).
05/03/2015	RG RE 855178/SE	Repercussão geral reconhecida	Medicamento de alto custo (BOSENTAMA) fornecido pelo Estado de Sergipe e cofinanciado pela União (50%). A União alega sua ilegitimidade passiva devido ao princípio da descentralização adotado pelo SUS, o qual lhe destina tarefas específicas dentre elas, a transferência de recursos às fazendas estadu-	Consignou ser solidária a responsabilidade dos entes federados quanto ao fornecimento de medicamentos, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente (cf. jurisprudência do STF – SS 3355).

			ais e municipais, a quem compete o fornecimento de medicamentos. Aponta o efeito multiplicador das decisões judiciais e a imprevisibilidade do impacto no orçamento, com reflexos nas ações e programas já estabelecidos.	
14/04/15	AgR ARE 859350/S C; rel. Teori Zavaski	Provimento negado	União alega necessidade de comprovação de hipossuficiência; ofensa à separação de poderes. Sobrestamento do feito diante da existência de repercussão geral (RE 566471/RN).	É ônus do recorrente a demonstração de repercussão geral da matéria constitucional, com indicação específica das circunstâncias reais que evidenciem, no caso concreto, a relevância econômica, política ou jurídica – não bastam alegações genéricas. Não viola o princípio da separação de poderes a intervenção excepcional do Judiciário nas políticas públicas, com vistas à garantia de direitos constitucionalmente garantidos. Comprovação da hipossuficiência demanda reapreciação do conjunto fático-probatório (Súmula 279/STF).
28/04/15	AgR ARE 857915/RS; rel. Marco Aurélio	Provimento negado	O Estado (RS) pediu sobrestamento do feito diante da existência de repercussão geral (RE 566471/RN).	A discussão restringe-se à solidariedade. A jurisprudência do STF assentou a responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde.
07/05/15	AgR STA 761/DF; rel. Ricardo Lewandowski	Provimento negado	O município de São Paulo alega que o atendimento de pleitos individuais, como é o caso da tutela antecipada em questão (SOLIRIS, medicamento de alto custo - US\$ 409.500,00 por ano) pode acarretar efeito multiplicador; que seus efeitos são incertos e que existem tratamentos alternativos disponíveis no SUS.	O município não demonstrou na exordial o perigo de grave lesão aos valores da ordem, saúde e economia públicas. Trata-se de caso excepcional em que a importação do medicamento não registrado na ANVISA deve ser autorizada; cf. precedente (SS 43 16) há comprovação da eficácia do fármaco devido à aprovação na FDA dos EUA. Não há demonstração da eficácia das terapias disponíveis no SUS. Perigo de dano inverso.
23/06/15	ARE 855197/RS AgR-segundo	Provimento negado	Medicamento (SUTENT) para tratamento de neoplasia maligna. A União alegou que o RE agravado tratou da obrigatoriedade do Poder Público em fornecer medicamento de alto custo, devendo ser sobrestado até o julgamento do RE 566471/RN, que possui questão idêntica e teve reconhecida repercussão geral.	A repercussão geral não foi demonstrada nos moldes exigidos pela jurisprudência do STF; A jurisprudência do STF assentou a responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde, podendo qualquer um deles compor o polo passivo da demanda, isoladamente, ou em conjunto.
23/06/15	AgR ARE 864204/P R; rel. Rosa Weber	Provimento negado	Deve ser sobrestado até o julgamento do RE 566471/RN, que possui questão idêntica e teve reconhecida repercussão geral.	Inaplicável a sistemática da repercussão geral porque o recurso não discute o dever do Estado em fornecer medicamento de alto custo; A jurisprudência do STF assentou a responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde.
30/06/15	AgR ARE 892114/MG; rel. Rosa Weber	Provimento negado	O Município (Uberaba/MG) alegou violação do princípio da separação dos poderes (art2º da CF/88), por ter o acórdão invadido competência exclusiva do Chefe do Executivo municipal; afronta aos arts. 2º, 23, II, 60, §4º, 167, 196 e 198 da CF/88.	O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Judiciário não viola a separação dos Poderes; A jurisprudência do STF assentou a responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde; Aplicação da Súmula 279/STF, que veda em sede extraordinária o revolvimento do quadro fático delineado.
04/08/15	AgR RE 801841/P	Provimento	Recorrente, pessoa portadora de câncer de próstata, alegou violação	O perito judicial asseverou a possível substituição do medicamento pleitea-

	R; rel. Dias Toffoli	negado	do art. 196 da CF/88, por não ter sido deferido o melhor tratamento que existe no mercado.	do (ZOLADEX) por substância genérica (GOSSERRELINA) disponibilizada pelo SUS. Aplicação da Súmula 279/STF, que veda em sede extraordinária o reexame do conjunto fático-probatório da causa;
27/10/15	ED ARE 831280/MG; rel. Dias Toffoli	Provimento negado	O Município (Leopoldina/MG) alegou que a determinação de devolução dos autos à origem incorreu em omissão porque há possibilidade de comprometimento do orçamento público municipal, prejudicando o atendimento dos demais municípios; devendo ser sobrestado até o julgamento do RE 566471/RN, que possui questão idêntica e teve reconhecida repercussão geral.	Inaplicável a sistemática da repercussão geral porque o recurso não discute o dever do Estado em fornecer medicamento de alto custo; a discussão se atem à responsabilidade solidaria dos entes federados, já reconhecida no paradigma RE 855178/SE.
17/11/15	AgR ARE 918052/BA; rel. Cármen Lúcia	Provimento negado	O Estado (BA) alegou que o recurso discutiu a obrigatoriedade do Estado em arcar com custos tratamentos individuais o que pode comprometer as verbas investidas na saúde de toda a população;	A análise da questão não se deu sob a ótica do valor do tratamento, mas da garantia do cidadão aos meios necessários à preservação da saúde, com a possibilidade de intervenção do judiciário.
15/12/15	AgR ARE 894085/SP; rel. Roberto Barroso	Provimento negado	O Município (São Paulo) alegou que a decisão deixou de apreciar os argumentos relativos às garantias processuais e à natureza distributiva do SUS, que impede o fornecimento de medicamentos para aqueles que dispõem de recursos para adquiri-los.	Aplicação da Súmula 279/STF, que veda em sede extraordinária o reexame do conjunto fático-probatório da causa;
05/04/16	AgR ARE 831915/PR; rel. Luiz Fux	Provimento negado	O Estado (RR) alegou ofensa ao princípio da separação do poderes (art 2º CF/88) por ingerência indevida do Judiciário em matéria exclusiva do Legislativo e Executivo; dispõe o art. 196 que o direito à saúde deve ser efetivado por meio de políticas públicas que alcancem toda a coletividade, universalmente, e não em situações individualizadas;	A discussão se atem à responsabilidade solidaria dos entes federados, já reconhecida no paradigma RE 855178/SE. O exame da legalidade dos atos administrativos pelo Judiciário não viola a separação dos Poderes.
10/05/16	AgR ARE 909527/RS; rel. Luiz Fux	Provimento negado	A União alegou necessidade de sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do RE 855178/SE, o qual se encontra pendente de julgamento dos embargos de declaração.	É pacífico o entendimento do STF de que a existência de precedente firmado pelo Plenário da Corte autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma.
07/06/16	AgR ARE 926469/DF; rel. Roberto Barroso	Provimento negado	O DF alegou necessidade de sobrestamento do feito até o julgamento do RE 566471/RN, que possui questão idêntica e teve reconhecida repercussão geral.	A hipótese tratou de fornecimento de medicamento não padronizado, sendo inquestionável a eficácia do tratamento prescrito por médico da rede pública e comprovada a impossibilidade de sua substituição.
09/08/16	AgR ARE 935824/RJ; rel. Roberto Barroso	Provimento negado	O Estado (RJ) alegou que não há prova da ineficácia dos medicamentos fornecidos pelo SUS; e necessidade de sobrestamento do recurso até julgamento do RE 566471/RN.	Aplicação da Súmula 279/STF que veda em sede extraordinária o reexame do conjunto fático-probatório.
16/09/16	AgR RE 953711/PE; Roberto Barroso	Provimento negado	A União alegou necessidade de sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do RE 855178/SE.	A existência de precedente firmado pelo Plenário da Corte autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma.
16/09/16	2º AgR RE 892	Provimento	Necessidade de sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do	Precedente firmado pelo Plenário da Corte autoriza o imediato julgamento

	590/RN	negado	RE 855178/SE.	dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma.
28/10/16	AgR ARE 963221/SC	Provimento negado	Necessidade de sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do RE 855178/SE.	Precedente firmado pelo Plenário da Corte autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma.
09/11/16	AgR ARE 977190/MG; rel. Ricardo Lewandowski	Provimento negado	O Município (Governador Valadares/MG) alegou inexistência de previsão orçamentária de verba destinada a custear tratamento particular a munícipe, competindo ao Estado (MG) o fornecimento dos materiais requeridos. Requer também o sobrestamento do feito por ser matéria idêntica ao RE 566471/RN.	Não há aplicação do tema 6 da repercussão geral – RE 566.471/RN; Acórdão está em consonância com tema da repercussão geral no RE 855178/SE (responsabilidade solidária); a lista do SUS não é parâmetro único; desconsideração ante a avaliação médica, aplicação súmula 279/STF.
07/03/17	AgR ARE 952614/SC; rel. Marco Aurélio	Provimento negado	A União alegou necessidade de sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do RE 855178/SE e RE 566471/RN, por haver identidade do objeto em discussão.	O tema relativo ao fornecimento de medicamentos de alto custo não foi analisado pelo Tribunal de origem ou suscitado nas razões do extraordinário. A existência de precedente firmado pelo Plenário da Corte autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma.
25/04/17	ARE 965343/P R AgR	Provimento negado	Necessidade de sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do RE 855178/SE e RE 566471/RN.	Precedente firmado pelo Plenário da Corte autoriza o imediato julgamento dos processos com o mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma.
08/08/17	AgR SL 558/DF; rel. Carmen Lúcia	Provimento negado	União alegou que o medicamento SOLIRIS não possui registro na ANVISA, o que obriga a sua importação; seu valor é de quinhentos mil dólares por ano para cada paciente. Risco à saúde e economia públicas.	A droga foi aprovada nos EUA pelos critérios da FDA; Os medicamentos pleiteados são necessários para o tratamento de doença rara; a não utilização traz risco de morte; na ponderação dos valores, a saúde e a vida prevalece sobre outras questões de ordem econômica.
11/09/17	AgR ARE 102841/RN; rel. Ricardo Lewandowski	Provimento negado	Portadora da doença Diabetes Mellitus alegou necessidade de sobrestamento do feito por ser matéria idêntica ao RE 566471/RN.	Aplicação da súmula 279/STF – impossibilidade de reapreciação das questões fáticas e probatórias. No juízo de origem não há evidências consistentes de que o emprego de análogos de insulina sejam superiores aos tipos disponíveis no SUS.
29/09/17	AgR SL 710/SC; rel. Carmen Lúcia	Provimento negado	A União alegou que a decisão desprestigia as próprias escolhas alocativas do Poder Executivo Federal, a quem compete distribuir os recursos públicos em saúde; desconsidera o modelo de funcionamento da rede de assistência oncológica causando grave lesão à ordem administrativa.	A União não demonstrou o impacto da medida determinada na decisão sobre a grave lesão à saúde e economia públicas.
29/06/18	AgR RE 104736/SC; rel. Gilmar Mendes	Provimento negado	O Estado (SC) alegou violação do princípio da separação dos Poderes; afronta aos direitos fundamentais aos contraditórios e a ampla defesa;	É pacífico na Corte o não desrespeito à separação dos poderes quando Judiciário, excepcionalmente, determina ao Estado medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente assegurados; não há desrespeito ao contraditório e a ampla defesa (ARE-RG 748371)
29/06/18	SS 5222/SP AgR;	Provimento negado	O Município (Araçatuba/SP) alegou haver ameaça de grave lesão à economia pública e demais políticas	Ficou demonstrada a imprescindibilidade do medicamento para o tratamento, em razão da ausência de efeito

	Carmen Lúcia		de saúde.	de outras medicações administradas, configurando perigo de dano inverso.
--	--------------	--	-----------	--

Anexo 2 – Quadro de decisões monocráticas analisadas

Data de julgamento	Decisão (tipo)	Resultado (decisão)	Resumo	Principais argumentos sustentados nos votos
22/07/94; DJ 03-08-1994	SS 659/RS; Rel. Carlos Velloso	Pedido indeferido	Decisão que compeliu o Estado (RS) a disponibilizar duzentos mil dólares para cirurgia na NASA (tetraplegia). Risco de grave lesão à ordem, à saúde e à economia pública.	A retirada de duzentos mil dólares do tesouro público não causa grave lesão à economia pública.
28/11/94; DJ 02-12-1994	SS 711/RS; Rel. Octavio Gallotti	Pedido indeferido	Decisão que garantiu internação hospitalar coberta pelo SUS para tratamento imprescindível.	A peculiaridade de ser uma internação imprescindível ao tratamento não é situação genérica que leve a grave lesão à ordem ou à saúde públicas.
06/12/94; DJ 13-12-1994	SS 720/RJ; Rel. Octavio Gallotti	Pedido indeferido	Fornecimento de medicamento por seis meses ou quantia correspondente ao preço para aquisição no exterior.	Sopesando os riscos opostos, da lesão à economia pública e do perigo de vida, prevalece o segundo.
20/09/99; DJ 27-10-1999	RE 247.900/RS; Relator Marco Aurélio	Negado seguimento ao recurso	Fornecimento de medicamentos emergenciais. O Estado (RS) sustenta não ser responsável porque a União repassa recursos diretamente ao município. A necessidade da União integrar a relação processual passando para a justiça federal.	Norma do art. 196 tem eficácia imediata; a referência a “Estado” alcança todos os entes federados; a falta de regulamentação municipal para custeio não impede responsabilidade do município.
12/12/99; DJ 23-02-1999	AI 232.469/RS; Rel. Marco Aurélio	Agravo não acolhido	Município de Porto Alegre alegou que artigos 196, 197 e 198 da CF/88 contêm normas programáticas, e não lhe transfere obrigação de fornecer medicamento para HIV.	Norma do art. 196 tem eficácia imediata; a referência a “Estado” alcança todos os entes federados; a falta de regulamentação municipal para custeio não impede responsabilidade do município; saúde relacionada a vida com dignidade.
02/08/00; DJ 23-08-2000	RE 271.286/RS; Rel. Celso de Mello	Recurso não acolhido	Fornecimento de medicamento para portador de HIV. Estado e Município alegam desrespeito ao princípio da legalidade. Inexistência de previsão orçamentária e necessidade de licitação.	Solidariedade passiva – a referência a “Estado” alcança todos os entes federados; o direito à saúde representa consequência indissociável do direito à vida; a saúde é direito público subjetivo – poder de exigir prestações estatais positivas; por razões ético-jurídicas, o direito a vida e à saúde prevalece sobre o interesse financeiro e secundário do Estado; a licitação é dispensável no caso de urgência de atendimento; o caráter programático da regra do art. 196 não pode converter-se em “promessa constitucional inconsequente”; fundamentalidade do direito à saúde ligada à ideia de liberdade concreta; é legítima a interferência do Judiciário nas políticas de saúde em casos de omissão ou ineficiência.
29/11/2005	AI 5625601/RS	seguimento negado	Ressarcimento de gastos feitos por motivo de omissão do Estado. Falta de condições financeira. Esclerose múltipla – moléstia grave.	Norma auto-aplicável; independe de previsão orçamentária e de licitação; precedente RE 271.2868, RE 226.835. RE 268.479.
24/11/2005	AI 492253/	seguimento	Obrigação do município. Enfisema pulmonar grave e insuficiência	Não violação dos art. 2º, 196 e 198 se o Tribunal determina ao poder

	RS	negado	cardíaca direita. Aminofilina 22 mg.	público forneça medicamentos necessários à sobrevivência. RE 271.268, RE 268.479.
07/12/15; DJ 02-02-2006	AI 554582/MG	seguimento negado	Mandado de segurança. Hipossuficiência. distribuição gratuita de medicamento. Responsabilidade solidária.	Responsabilidade solidária; referência ao precedente RE AgRRE 271.286.