



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES
INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO - MESTRADO**

OTÁVIO BALESTRA NETO

**ACESSO RACIONAL AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE
PELA VIA JUDICIAL**

**Goiânia
2013**

OTÁVIO BALESTRA NETO

**ACESSO RACIONAL AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE
PELA VIA JUDICIAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como exigência para a obtenção de grau de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, sob a orientação do Professor Doutor Ari Ferreira de Queiroz.

**Goiânia
2013**

OTÁVIO BALESTRA NETO

**ACESSO RACIONAL AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE
PELA VIA JUDICIAL**

Dissertação defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Aprovada em 26 de abril de 2013, pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Dr. Ari Ferreira de Queiroz
Prof. Orientador e Presidente da Banca
PUC/GO

Dr. Gil César Costa de Paula
Prof. Membro da Banca
PUC/GO

Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano
Prof. Membro da Banca
UFG

Balestra Neto, Otávio.

Acesso racional ao Sistema Único de Saúde pela via judicial. / Otávio Balestra Neto. – 2013.

196 f. : il. graf.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2013.

“Orientador: Prof. Dr. Ari Ferreira de Queiroz”.

1. Pentecostalismo – Brasil. 2. Neopentecostalismo. 3. Assembléia de Deus – Imperatriz (MA). 4. Teologia da prosperidade. 5. Ethos. I. Título.

À minha esposa Jacqueline, pela
dedicação e paciência ao longo
deste curso de Mestrado.

AGRADECIMENTOS

A todos os professores, colegas e servidores do programa de Mestrado, em especial ao Dr. Ari Queiroz, pela valiosa atenção a mim dispensada.

RESUMO

Este trabalho analisa a recente judicialização do direito à saúde no Brasil, fruto da edição da Constituição Federal de 1988 e da sensibilidade dos operadores do direito ao tema, em especial a partir de meados da década de 1990. A questão é essencialmente dramática por envolver a intervenção judicial em políticas públicas e tensão dialética entre a reserva do possível e o mínimo existencial, como supostas cláusulas impeditivas da atuação do Poder Judiciário nesta seara. A ideia central da dissertação é que o direito à saúde no Brasil deve ser garantido da forma mais ampla possível, sem amarras de natureza hermenêutica ou de prevalência da reserva do possível sobre o mínimo existencial, já que se trata de uma extensão direta do direito à vida. Por outro lado, o grande número de ações judiciais que discutem o assunto, crescente ano a ano, exige que essa judicialização se dê em parâmetros racionais, sem que o direito à saúde constitucionalmente previsto se torne um direito a toda e qualquer prestação material pleiteada, prestigiando-se a medicina baseada em evidências como limite adotado pelo legislador. Neste ponto, é realizado estudo histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando a evolução do entendimento das Cortes em três fases bem delimitadas: uma fase inicial, na década de 1990, em que o direito à saúde no Brasil era encarado como mera norma constitucional programática e, portanto, passível de eficácia ao talante do administrador público; uma segunda fase, até meados da década de 2000, em que o direito à saúde passou a ser entendido como quase absoluto, bastando o pleito do interessado e a invocação do art. 196 da Constituição Federal, com o mote da “saúde como direito de todos e dever do Estado”; uma terceira fase, em que se buscou o equilíbrio, admitindo-se que alguns pedidos formulados ao Poder Judiciário não mereciam acolhimento em nome da racionalidade e da própria preservação do sistema. Assim, o trabalho propõe alguns marcos para a prática judiciária no direito à saúde, considerando a recente legislação editada sobre o assunto – em especial a Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011 – concluindo pela aplicabilidade de todas as normas e alguns critérios hermenêuticos para situações especiais e por vezes dramáticas encontradas no cotidiano forense.

Palavras-chave: judicialização da saúde; direito à saúde; medicina baseada em evidências.

ABSTRACT

This paper analyzes the recent legalization of the right to health in Brazil, thanks to the editing of the Federal Constitution of 1988 and the sensitivity of the operators of the right to the issue, especially since the mid-1990s. The issue is essentially dramatic for involving judicial intervention in public policy and dialectical tension between the reserve and the possible existential minimum, as alleged clauses that hinder the performance of the judiciary in this endeavor. The central idea of this work is that the right to health in Brazil must be guaranteed as widely as possible, unfettered nature of hermeneutics or prevalence of booking as possible about the existential minimum, since it is a direct extension of the right to life. Moreover, the large number of lawsuits that discuss the subject, increasing year by year, requires that judicialization give up on rational parameters, without the right to health becomes a constitutionally provided right to any provision pleaded materials, prestige to evidence-based medicine as the limit adopted by the legislature. At this point, it is done historical study of the jurisprudence of the Supreme Court and the Superior Court of Justice, showing the evolution of the understanding of Cortes in three well-defined phases: an initial phase, in the 1990s, in which the right to health in Brazil was regarded as mere programmatic constitutional norm and therefore subject to the effectiveness of the public administrator own discretion, a second phase, to mid-2000s, in which the right to health is now viewed as almost absolute, just interested in the plight of the and the invocation of art. 196 of the Federal Constitution, with the motto of "health for all and a duty of the state", a third phase, in which they sought balance, assuming that some requests to the Judiciary did not deserve to host in the name of rationality and 's own preservation system. Thus, the paper proposes some milestones for judicial practice on the right to health, considering the recent legislation enacted on the subject - especially Law No. 12401 of April 28, 2011 - concluding the applicability of all standards and some criteria hermeneutic for special situations and sometimes dramatic encountered in everyday forensic.

Keywords: judicialization of health, right to health, evidence-based medicine.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - OS DIREITOS SOCIAIS	
1.1 O surgimento dos direitos sociais	14
1.2 Direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana	23
1.3 Direitos fundamentais sociais	38
1.4 Implementação dos direitos sociais	40
1.5 Judicialização, política e separação dos poderes	47
1.6 Imprecisão das normas constitucionais	61
1.7 Reserva do possível e mínimo existencial	69
CAPÍTULO 2 - O DIREITO À SAÚDE	
2.1 Histórico do direito à saúde	90
2.2 O direito à saúde positivado	93
2.3 Integralidade de assistência	103
2.4 A Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011	107
2.5 A Política Nacional de Distribuição de Medicamentos	111
CAPÍTULO 3 - A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	
3.1 A atualidade do tema	115
3.2 A evolução da jurisprudência nos tribunais superiores	118
3.2.1 Primeira fase	120
3.2.2 Segunda fase	123
3.2.3 Terceira fase	129
3.3 A necessidade de parâmetros na judicialização da saúde	139
3.4 Critérios de racionalidade para acesso judicial ao SUS	147
3.4.1 Tratamento previsto em lista oficial	151
3.4.2 Tratamento previsto em lista oficial para doença diversa da pretendida	153
3.4.3 Tratamento previsto em lista oficial, mas não adequado ao caso concreto	154
3.4.4 Tratamento com registro na ANVISA, mas não presente em lista oficial	158
3.4.5 Tratamento experimental ou de uso não autorizado pela ANVISA	162
3.5 Processo coletivo como meio de discussão do SUS	172
3.6 Acesso ao SUS por prescrição de médico da rede privada	179
CONCLUSÕES	185
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	189

INTRODUÇÃO

Um dos temas de maior interesse para a Administração do Poder Judiciário no Brasil é o crescimento das ações judiciais que buscam a condenação do Sistema Único de Saúde, em todas as suas esferas federativas, ao fornecimento de prestações materiais diversas (medicamentos, órteses, consultas médicas especializadas, cirurgias, procedimentos etc).

De fato, o incremento no número destas ações judiciais iniciou-se em meados da década de 1990, com expressivo aumento a partir dos anos 2000. Atualmente, pode-se afirmar que a judicialização da saúde pública é um dos assuntos mais discutidos nas várias instâncias administrativas e jurisdicionais do Poder Judiciário, seja pelo grande número de ações já propostas, seja pelo seu potencial impacto na execução de políticas públicas extremamente sensíveis à maioria da população brasileira.

Na verdade, a comunidade acadêmica tem se deparado cada vez mais com excelentes trabalhos científicos que demonstram, sob as bases do neoconstitucionalismo, que o princípio da dignidade da pessoa humana representa um indeclinável patamar de civilidade, que não pode ser olvidado por argumentos baseados meramente em interesses orçamentários do Poder Público¹. Assim também a jurisprudência nacional, que já se firmou no sentido da ilicitude na omissão da Administração que não implementa as promessas do constituinte, frustrando assim as justas expectativas do cidadão².

1 Para Ruth Barros Pettersen da Costa, a partir da constitucionalização do direito, surge das cinzas um novo Judiciário que, revigorado em suas funções, percebe-se capacitado para construir o Direito a partir de normas principiológicas, e, ignorando a letargia do Legislativo, provoca a reação do Executivo. Consta-se, inclusive, que diante dessa omissão ou má atuação dos demais poderes nessa área, nunca antes na história desse país, o Poder Judiciário assumiu tão forte protagonismo (COSTA, Ruth Barros Pettersen. *A efetividade do mínimo existencial à luz da Constituição Federal de 1988*. Goiânia: PUC Goiás, 2011, p. 231).

2 Segundo Marina Filchtiner Figueiredo, há um dever de maximizar as possibilidades de

Este trabalho aborda a judicialização da saúde sob um enfoque de racionalidade. E isso porque o excesso no número de ações judiciais, possibilitando um acesso irrestrito e desorganizado a um sem número de prestações materiais em saúde, pode ter graves efeitos na tarefa do Sistema Único de Saúde em garantir o direito à saúde a todos, de forma integral, isonômica e universal.

O texto que se segue está dividido em três partes. Na primeira, aborda-se a dogmática dos direitos sociais, com enfoque no contexto histórico de seu surgimento, sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e as questões que gravitam em torno de sua implementação. Com efeito, discute-se as posições doutrinárias que fundamentam a impossibilidade de o Poder Judiciário intervir na concretização destes direitos, em especial a) o princípio da separação dos poderes; b) o caráter programático das normas constitucionais; c) a tensão dialética entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Ao final, conclui-se, inclusive com apoio na jurisprudência nacional, que tais óbices já se encontram superados, tendo em vista a necessidade de se garantir máxima efetividade aos direitos fundamentais sociais.

A segunda parte do trabalho se refere especificamente ao direito à saúde. Aqui a preocupação é trazer ponderações sobre o direito positivo brasileiro, analisando-se os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam a assistência em saúde pelo Poder Público. Em especial, aborda-se a parca minudência legislativa sobre o promessa constitucional da “integralidade de assistência” aos usuários do Sistema Único de Saúde, o que foi identificado na pesquisa como um dos fatores que incrementaram a judicialização da saúde de forma desordenada.

reconhecimento de um direito subjetivo originário, e portanto passível de exigibilidade imediata em juízo, relativo às prestações materiais em saúde pública (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e normatividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 217).

Ainda no tocante ao segundo capítulo, há um estudo mais detalhado sobre a novel Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que visou à regulamentar os parâmetros da integralidade de assistência no Sistema Único de Saúde. A referida lei modificou alguns dispositivos da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde). É interessante frisar que já ao longo do processo legislativo da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, se vislumbrava uma divergência ideológica na proposta do Sistema Único de Saúde: uma corrente mais ampliativa, com a noção de que todas as prestações de saúde devem ser indistintamente fornecidas a todos; uma corrente mais restritiva, com escopo de criar parâmetros mais definidos das obrigações do Sistema Único de Saúde com seus usuários. A segunda corrente foi adotada na legislação.

A terceira parte da dissertação se debruça na judicialização da saúde propriamente dita, observada sob o ponto de vista jurisprudencial. A atualidade do tema é mostrada por meio de alguns dados estatísticos que apontam o crescimento das ações judiciais sobre o assunto, bem como as iniciativas de órgãos como o Conselho Nacional de Justiça e o Supremo Tribunal Federal para primeiramente entender e depois administrar a crescente demanda dos usuários do Sistema Único de Saúde.

Depois destas considerações introdutórias, o terceiro capítulo se desenvolve com um estudo da evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Destaca-se aqui uma divisão desta jurisprudência em fases, assim distribuídas: uma fase inicial, em que os Tribunais, fundados na suposta natureza programática das normas constitucionais referentes à saúde, negavam o acesso judicial às prestações materiais postuladas; uma segunda fase, em que os Tribunais passaram a adotar uma posição extremamente permissiva, deferindo os pedidos sem maiores considerações críticas; uma terceira fase, bastante atual, em que se verifica um equilíbrio entre as demandas dos usuários e as bases definidas nas políticas públicas governamentais, sem olvidar-se da necessária concretização do direito fundamental à saúde.

A parte final do trabalho, no terceiro capítulo, desenvolve algumas propostas de racionalidade para a judicialização da saúde pública no Brasil, calcadas na interpretação constitucional dos dispositivos legais e na imperativa preocupação os problemas práticos de saúde da população, que em sua grande maioria depende do Sistema Único de Saúde.

Os métodos utilizados nesta pesquisa foram o dedutivo-bibliográfico, legislativo e de jurisprudência. Após uma compilação sobre as construções teóricas dos direitos fundamentais sociais e do direito à saúde no Brasil, procurou-se analisar com vagar a posição dos Tribunais brasileiros, a fim de identificar pontos passíveis de aprimoramento, razão de ser das propostas apresentadas pela pesquisa.

A finalidade do trabalho, portanto, é inicialmente compreender a atual situação da judicialização da saúde no Brasil e fornecer alguns referenciais teóricos para a melhoria da relação entre Sistema Único de Saúde e usuários, travada no Poder Judiciário, por isso os objetivos principais da dissertação são os seguintes: a) identificar o cenário teórico que embasou o incremento da judicialização na saúde pública brasileira; b) identificar o quadro jurisprudencial, inclusive quanto à sua evolução no tocante à mudança de entendimentos, pretérito e atual, na judicialização da saúde pública pátria; c) analisar propostas para a racionalidade do acesso judicial ao Sistema Único de Saúde, com vistas à busca de salutar equilíbrio entre as infinitas demandas dos usuários, materializadas em ações judiciais, e as necessidades de organização das políticas públicas já existentes.

CAPÍTULO 1

OS DIREITOS SOCIAIS

1.1 O surgimento dos direitos sociais

A adjetivação *social*, que qualifica o direito, opõe-se ao ser individual, para dar o sentido de predominância ao interesse maior da comunidade, ainda que se trate de interesse de um indivíduo, tomado em si mesmo³. Por isso, sob uma ótica estritamente conceitual, é possível dizer que direitos sociais são aqueles que sobrelevam a esfera particular, para alcançar o todo, numa visão de generalidade e conjunto⁴.

A ideia de direitos sociais desponta no contexto de uma profunda crise de desigualdade social que se instalou no período pós-guerra⁵, mais precisamente no início do século XX, quando o mundo industrializado dá os primeiros sinais de que nem todos colheriam os frutos do progresso e da liberdade burguesa⁶. Antes de tecer considerações sobre o conteúdo dos direitos sociais, é necessária uma análise sobre o contexto histórico do aparecimento destes direitos.

Até o final do século XVIII, parte da civilização ocidental vive sob o regime político do absolutismo, baseado principalmente na irrestrita concentração de poderes nas mãos do monarca. É célebre a frase do rei francês Luís XIV, que governou a França entre 1643 e 1715, sintetizando as ideias absolutistas: “*O Estado sou eu*”. O absolutismo se pauta essencialmente na inexistência de mecanismos de controle sobre o poder exercido pelo monarca.

Num primeiro momento, o advento do Estado absoluto beneficia a ascensão

3 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 366.

4 Ibidem.

5 CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 695.

6 MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22.

da burguesia, na medida em que a centralização do poder na figura do rei se faz às custas da destruição dos privilégios feudais, das barreiras corporativas e do protecionismo econômico que caracterizava o feudalismo⁷.

Contudo, depois de sua consolidação, o absolutismo se torna um grande entrave ao desenvolvimento das pretensões burguesas, pois a atuação ilimitada do rei absolutista frequentemente invade a esfera jurídica e patrimonial dos súditos. É neste cenário que sobrevêm a Revolução Francesa de 1789, um evento histórico tão importante para a História Ocidental que marca a passagem da Idade Moderna para a Idade Contemporânea.

Do ponto de vista econômico, o fim do absolutismo significa a adoção da doutrina filosófica e política do liberalismo, baseada em três pilares fundamentais: a) *a livre iniciativa*, segundo a qual qualquer indivíduo pode exercer atividade econômica livre de restrições estatais; b) *a liberdade contratual*, que prega o direito dos cidadãos em criar suas próprias avenças e o dever do Estado em garantir o cumprimento das cláusulas pactuadas, a fim de se manter a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas; c) *a liberdade de mercado*, na qual o sistema econômico se organiza por si só, não sendo cabível intervenção estatal de qualquer espécie, já que ao Estado compete apenas a manutenção da ordem interna e a defesa externa das fronteiras⁸.

A liberdade significa uma esfera de privacidade livre de toda e qualquer ingerência, tanto por parte do Estado quanto por parte dos demais indivíduos⁹. Esta é, segundo os teóricos liberais, a única forma de se garantir verdadeira liberdade à pessoa.

7 BOTELHO, Ramon Fagundes. *A judicialização do direito à saúde*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

8 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43/44.

9 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 22.

O pensador mais relevante do liberalismo é Adam Smith (1723-1790), por meio de sua obra *A riqueza das Nações*, na qual defende que busca da realização dos anseios individuais, em ambientes propícios ao devido processo competitivo mercadológico, levaria a realização do bem-estar econômico e, por corolário, na consecução do bem-estar social, pois todos teriam acesso aos bens essenciais para o sustento digno da vida em sociedade¹⁰.

Ainda como parte do desenvolvimento da liberalismo, sob uma ótica estritamente jurídica, surgem os direitos de primeira dimensão, que correspondem às liberdades públicas, compreendendo direitos civis, de acentuada inspiração jusnaturalista, como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade de todos perante a lei e os direitos políticos, concretizados na garantia do direito ao voto¹¹.

Com efeito, observa-se que as ideias liberais se constroem principalmente com mecanismos de contenção do Estado, motivo que leva os direitos de primeira geração a serem conhecidos também como direitos de defesa ou direitos de prestação negativa. Em outras palavras, o respeito do Poder Público por tais direitos se dá por meio de uma abstenção, ou seja, por um *non facere*.

A doutrina liberal, contudo, passa a ser duramente questionada no final do século XIX, em razão principalmente das transformações econômicas e sociais da época.

Na ocasião, o mundo ocidental vive um período de crescente

10 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 44.

11 As relações sociais, fundadas na liberdade e igualdade, são naturais porque decorrem de um fator biológico. Do ponto de vista da natureza humana, os homens são livres e iguais, uma vez que são “animais racionais”. O homem subordina-se apenas à razão e à ordem estabelecida pelas leis. Ambas fazem suas coerções incidirem sobre todos os homens, não podendo ninguém furtar-se a elas. A igualdade é, então, formal: todos são iguais perante a lei (FIORIN, José Luiz. *Linguagem e ideologia*. 8. ed. São Paulo: Ática, 2007, p. 58).

desenvolvimento tecnológico. Ainda no século XVIII surgem na Inglaterra as primeiras máquinas a vapor, que servem, inicialmente, para retirar água das minas de carvão. A melhoria desta tecnologia, ao longo dos anos, possibilita a chamada Revolução Industrial, com o aparecimento de grandes fábricas e a produção de produtos manufaturados em larga escala. Em consequência, surgem grandes aglomerações de pessoas, marginalizadas nas periferias das cidades, submetidas a um rigoroso regime de trabalho nas unidades fabris e padecendo de um brutal processo de pauperização.

O período histórico, portanto, abarca uma substancial mudança nas relações sociais, tendo em vista que estes trabalhadores se encontravam naturalmente excluídos da prosperidade econômica do liberalismo, esta concentrada nas mãos de uns poucos proprietários industriais. De fato, os valores da liberdade individual e da igualdade formal não poderiam prosperar em cenários de extenso desequilíbrio econômico¹². A liberdade de uns poucos importa opressão de um grande número de pessoas, privadas de acesso a bens mínimos e excluídas até de sua especial dignidade¹³.

O cenário é evidentemente propício para o surgimento de grandes insatisfações da massa trabalhadora. A partir de então, alguns teóricos¹⁴ se dedicam a justificar a conformação de uma nova forma de organização da sociedade, em franca oposição ao liberalismo, com base nas seguintes

12 FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 234.

13 Ibidem, p. 234.

14 Os maiores nomes deste movimento são Karl Marx (1818-1883) e Friederich Engels (1820-1895). Dentre suas muitas ideias, Marx preconizava que as grandes transformações sociais surgiriam a partir do momento em que as distorções do capitalismo levarem a um insuportável empobrecimento da grande massa trabalhadora. Haveria, então, a luta de classes. A burguesia, que representaria a *tese* do processo, seria alvo de intensa luta deflagrada pelo proletariado, a *antítese*. Provisoriamente, então, se instalaria a ditadura do proletariado, a qual se seguirá a *síntese*, quando finalmente cessarão as desigualdades, as injustiças, e o homem alcançaria o paraíso terrestre. Esta luta de classes, histórica por natureza, segundo Marx, já havia acontecido em vários outros momentos da existência do homem, como na luta entre amos e escravos, na Antiguidade; patrícios e plebeus, em Roma; senhores feudais e servos, na Idade Média e assim por diante. (NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense (GEN), 2011, p. 259).

constatações: os desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência, em vez do equilíbrio automático da oferta e da procura; a inexistência da garantia da justa renda, do justo preço, do justo lucro, do justo salário, diante da concentração de capitais e do capitalismo de grupos e, sintetizando todo este *status quo*, a opressão dos fortes sobre os fracos¹⁵.

Segundo tal concepção, ao contrário do que acreditava o liberalismo, a experiência demonstra o Estado não é o único opressor do indivíduo. O demasiado poder econômico, concentrado em alguns poucos indivíduos, tem a potencialidade de coartar o desenvolvimento das potencialidades humanas, em especial dos hipossuficientes. Por isso, o Estado passa a ser entendido não como um adversário dos direitos do homem, mas sim como um promotor destes direitos.

A conjugação dos efeitos nefastos da industrialização e do nascedouro destas doutrinas socialistas reforça movimentos reivindicatórios acerca da necessidade de atuação do Estado, via de um comportamento positivo, na realização da justiça social¹⁶.

Então, passa-se a se falar em direitos de segunda dimensão, ou direitos sociais, econômicos e culturais¹⁷. Tais direitos, baseados na necessidade de se reduzir as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, exigem o

15 Segundo Karl Marx, a justiça tem uma forma de existência social, na medida em que ela se caracteriza assim quando do processo revolucionário que tem como escopo transformar a atual sociedade capitalista em uma sociedade sem a presença dos meios de dominação/produção, na qual os valores da troca, essencialmente burgueses, não permitem uma condição de repartição equitativa (PACHECO, Antônio Marcelo. *Formação humanística*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 97).

16 MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 23.

17 Essa distinção entre gerações de direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo de concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 6. ed. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 156).

fornecimento de prestações positivas do Estado e não apenas a abstenção estatal defendida pelo liberalismo. Em seus primórdios, os direitos de segunda geração, ainda no campo da mera reivindicação, abrangem o direito de trabalhadores – redução de jornada, regras de saúde do trabalhador, organização sindical etc. – e direitos previdenciários, bem como acesso à educação e moradia¹⁸.

O estágio seguinte do desenvolvimento destes direitos é seu aparecimento nos textos constitucionais. A positivação dos direitos sociais começa na Constituição Mexicana de 1917, que é amplamente reconhecida como a primeira de inspiração notadamente social. A Carta Mexicana, fruto da Revolução Mexicana iniciada em 1910¹⁹, traz uma série de inovações, reconhecendo direitos tipicamente sociais, tais como saúde, moradia e educação. Ao mesmo tempo, também se preocupa com questões agrárias e trabalhistas, revisando até mesmo o sagrado conceito de propriedade do Estado liberal²⁰. É ainda a primeira

18 Não obstante a primeira e a segunda gerações de direitos, já apresentada neste trabalho, há também grande desenvolvimento dogmático acerca da existência de uma terceira geração de direitos, que compreenderia os direitos da fraternidade ou solidariedade, que são os direitos difusos, dos povos, da humanidade, tendo como exemplos os direitos ao desenvolvimento, ao ambiente e da proteção do consumidor. Rafael Barretto cita ainda mais duas gerações: “O ilustre jurista Noberto Bobbio já afirmava, desde 1990, como se infere da obra ‘A era dos Direitos’, a existência de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos da pesquisa biológica e da manipulação do patrimônio genético das pessoas. (...) O Mestre Paulo Bonavides também afirma a existência de novas gerações, e chega a falar em 5 gerações de direitos, sustentando que a quarta geração compreenderia o direito à democracia e a quinta geração o direito à paz” (BARRETTO, Rafael. *Direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 35). Anote-se, por fim, que Arion Sayão Romita indica seis gerações de direitos fundamentais. As três primeiras não diferem das apresentadas até agora. A quarta seria constituída pelos decorrentes da manipulação genética; a quinta pelos direitos derivados da utilização da cibernética e da informática e a sexta pelos direitos emergentes da globalização (ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTR, 2005, p. 103).

19 A Revolução Mexicana de 1910 é um dos eventos mais importantes da história do México. Basicamente foi uma revolta camponesa contra o presidente Porfirio Díaz e que se arrastou por aproximadamente 34 (trinta e quatro) anos. Na presidência, Díaz representava os grandes proprietários de terra. A pauta da Revolução, dentre outros temas, pretendia a reforma agrária, a devolução de terras aos índios e a nacionalização de multinacionais. A Constituição de 1917 representou uma conciliação entre a burguesia mexicana e os revolucionários.

20 ALVES, Henrique Napoleão. *Considerações acerca da importância histórica da Constituição do México de 1917. Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, nº 1271, 25 dez. 2006. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/9324>>. Acesso em 6 de novembro de 2012.

Constituição do mundo a incluir o seguro social em seu bojo²¹.

Merece citação, ainda, a Constituição da Alemanha de 1919, também chamada de Constituição de Weimar. Na ocasião, a Alemanha passa por grave crise econômica e social, em razão dos efeitos econômicos nefastos do período final da Primeira Guerra Mundial. O texto alemão sistematiza as liberdades públicas e as aspirações à direitos sociais e incorpora ainda algumas das convenções da então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo o direito à escolaridade gratuita e obrigatória, o direito de associação, a proteção da maternidade, o direito à seguridade social, melhoria das condições de trabalho etc²².

Não se pode olvidar, ainda, que sob a influência da concepção marxista-leninista, é elaborada a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado* da então República Soviética Russa, em 1918, que exerce preponderante ascendência na elaboração da Constituição do país, naquele mesmo ano²³.

Já nesta época desenvolve-se a compreensão que, sob a ótica jurídica, o Estado Social se baseia no princípio da solidariedade, que determina a partilha mútua de riscos sociais por todos os membros da sociedade²⁴. O Poder Público é uma grande entidade garantidora de seguridade social, na medida em que determinados eventos – desemprego, indigência, insalubridade, doenças etc -, em que pese atingirem apenas determinados indivíduos, tem seus custos arcados e cobertos por todos, ficando a cargo do Estado efetivar políticas de justiça e inclusão social²⁵. Surgem os primeiros institutos previdenciários, ainda que com

21 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 4.

22 PENTEADO Filho, Nestor Sampaio. *Manual de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2008, p. 19.

23 COSTA, Ruth Barros Petersen. *A efetividade do mínimo existencial à luz da Constituição Federal de 1988*. Goiânia: PUC Goiás, 2011, p. 32.

24 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 47.

25 Ibidem.

feições corporativas, mas essencialmente baseados no solidarismo²⁶.

As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, ocorrida entre 1939 e 1945, são um grande golpe no desenvolvimento dos direitos fundamentais. A ascensão dos Estados totalitários, em especial, é uma das manifestações maiores deste retrocesso.

Cumprе salientar que, após a Segunda Guerra Mundial, as concepções do Estado Liberal e do Estado Social são postas em contraponto, em razão da hegemonia política de duas nações vencedoras do conflito bélico: os Estados Unidos da América, que passam a adotar uma postura intervencionista econômica, baseada no exercício racional das liberdades individuais, com escopo de evitar os abusos do liberalismo; e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, ou simplesmente chamada de União Soviética, que adota um modelo econômico planejado, colocando o Poder Público como instância única das deliberações de ordem econômica e social.

Este dualismo político se reflete na esfera internacional, no momento histórico da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), imediatamente após o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945²⁷. Ao ser criada, a ONU tem como um de seus propósitos a promoção dos direitos humanos, o que supõe a indivisibilidade dos direitos de primeira e segunda geração. Para tanto, o primeiro passo vislumbrado pela entidade é a criação de um documento enunciativo dos direitos fundamentais do homem, que abrangesse as duas gerações de direitos.

De fato, no início de suas atividades efetivas, entre 1949 e 1951, a Organização das Nações Unidas chega a trabalhar com um único projeto de pacto,

26 Em 1908, na Inglaterra, cria-se o "Old Age Pensions Act", para a concessão de benefícios previdenciários aos trabalhadores com mais de 70 (setenta) anos.

27 A Organização das Nações Unidas foi criada em 1945, substituindo a antiga Liga das Nações, criada após a Primeira Guerra Mundial (1914-1928), que fracassou na tentativa de manter a paz mundial.

conjugando as duas categorias de direitos²⁸.

Em 1951, a discussão resolve-se em favor da tese defendida pelos países ocidentais, deliberando-se pela aprovação de dois tratados separados, que deveriam ser aprovados e abertos para assinatura simultaneamente, no sentido de enfatizar a unidade dos direitos nele previstos²⁹. Um dos argumentos levantados pelos países ocidentais centra-se nos diversos procedimentos de implementação das duas categorias de direitos. Alega-se que, enquanto os direitos civis e políticos seriam autoaplicáveis e passíveis de cobrança imediata, os direitos sociais, econômicos e culturais seriam “programáticos” e demandavam realização progressiva³⁰, condicionada a uma série de fatores de ordem política e econômica.

Apesar da diferença de conteúdo – e de ideologia - os dois documentos de direitos são liberados para subscrição pelos Estados interessados na mesma data, em 19 de dezembro de 1966. É a solução possível. Surgem então o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Apesar de concebidos no mesmo dia, os tratados apresentam significativa diferença em seus textos: enquanto o Pacto de Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados. É interessante este viés ideológico, que pode ser bem observado no texto dos dois tratados. Enquanto o primeiro Pacto prescreve que “*todos têm direito a...*” ou “*ninguém poderá...*”, o segundo Pacto usa a fórmula “*os Estados-partes reconhecem o direito de cada um a...*”.

Em suma, segundo a concepção adotada pelos dois pactos, os direitos civis

28 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 218.

29 Ibidem.

30 Ibidem, p. 219.

e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora - são autoaplicáveis, portanto – enquanto os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva³¹.

Esta diferença de enfoque, tão bem ilustrada na divergência entre países capitalistas e socialistas, na oportunidade do nascimento dos Pactos Internacionais mencionados, até hoje é motivo de acesa controvérsia entre os operadores do Direito. Na verdade, a questão principal não reside nos direitos civis e políticos. Sobre tais prerrogativas existe pouco dissenso acerca de sua plena aplicabilidade. As maiores discussões estão centradas na eficácia dos direitos sociais. Cabe, portanto, a indagação: normas que discorrem sobre tais direitos são meramente programáticas³² e assim representam um estágio a ser alcançado no futuro ou, desde logo, produzem efeitos jurídicos mais concretos, a ponto de permitir que um cidadão postule seu atendimento perante o Poder Público?

Antes de adentrar nesta discussão, é importante conhecer a configuração dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988.

1.2 Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana

A existência de uma teoria dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa e a visão segundo a qual a Constituição é o local adequado para positivizar normas asseguradoras dessas pretensões³³, em razão de sua supremacia, é um dos grandes avanços da ciência jurídica e condiz com os

31 PIOVESAN, Flávia. ob. cit., p. 233.

32 Segundo Uadi Lammêgo Bulos, normas programáticas ou também chamadas de normas limitadas por princípios programáticos são as que estatuem programas a ser desenvolvidos pelo Estado. Em vez de regular, desde o dia em que nascem, certos assuntos, apenas transferem para o legislador tal encargo, estipulando o que ele poderá, ou não, fazer (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 367). Este tema será aprofundado mais adiante neste trabalho, ao se tratar das cláusulas que justificariam a não intervenção do Poder Judiciário em assuntos políticos.

33 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221.

patamares civilizatórios de uma sociedade.

De fato, pode-se asseverar que o grau de proteção conferido aos direitos fundamentais serve de parâmetro para se aferir o grau de democracia de uma sociedade. Por isso, os direitos fundamentais constituem tema estudado pela Filosofia do direito, pela Teoria do Estado, pelo Direito constitucional e pelo Direito Internacional³⁴.

Na antiguidade clássica ainda não se falava em direitos fundamentais, não obstante as referências estoicistas ligadas às ideias de dignidade e igualdade³⁵. É no cristianismo que se aponta o marco inicial dos direitos fundamentais, com a concepção, ainda incipiente, de que o poder temporal deixaria de se submeter ao poder espiritual, tornando-se um poderio limitado, em contraposição ao totalitarismo da *polis*³⁶.

Na Inglaterra medieval, os direitos fundamentais foram marcados pelo pragmatismo e significaram concessões ou privilégios para a Igreja, nobreza, corporações, não se reconhecendo direitos universais, mas concretos, em relação aos que os subscreviam: a Magna Carta se obrigava a respeitar alguns direitos, como o direito à vida, a administração da justiça, garantias do processo criminal, a *Petition of Rights*, de 1628, assinada por Carlos I, o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), assinado por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, subscrito por Guilherme de Orange³⁷.

A Revolução Francesa, de 1789, representa o marco de universalidade dos direitos fundamentais, com a edição das declarações de direitos, baseadas em concepções jusnaturalistas, no mesmo contexto das declarações de direitos

34 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 564.

35 Ibidem.

36 Ibidem.

37 Ibidem.

surgidas nos Estados Unidos – da Virgínia, Pensilvânia e Maryland, em 1776, e, depois, as dez primeiras emendas à Constituição de 1787, aprovadas em 1791, e outras que vieram a completá-la³⁸. É neste momento histórico, aliás, que se fala em constitucionalismo moderno, com a adoção de textos escritos e baseados na força de uma constituição capaz de limitar os órgãos do poder político³⁹.

Com efeito, a ideia de direitos fundamentais está intrinsecamente ligada à noção de Constituição e sua respectiva sobreposição sobre toda a ordem jurídica estatal. Os direitos fundamentais são previsões de indenidade da dignidade da pessoa humana com força cogente frente ao Estado, uma vez que têm sua previsão em uma Constituição. São, portanto, direitos constitucionalizados.

Por outro lado, e para evitar confusão terminológica, saliente-se que a expressão “direitos humanos” também se refere a posições essenciais à dignidade da pessoa humana, mas que não têm positividade em uma dada ordem jurídica particular⁴⁰. Por conta de sua generalidade, a expressão “direitos humanos” é própria e mais encontrada em documentos do direito internacional. Compreendem, portanto, todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual⁴¹. Em suma, portanto, os direitos humanos podem vir a ser direitos fundamentais, desde que recebam este *status* em uma ordem jurídica em particular⁴².

38 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 564.

39 Na lição de Canotilho, o constitucionalismo moderno apresenta-se como uma técnica específica de limitação do poder, com fins garantísticos. Qualifica-se, pois, como uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, sendo temas centrais do constitucionalismo, portanto, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades (*Apud* CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 33).

40 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 234.

41 CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 519.

42 Conforme Robert Alexy, “Los derechos fundamentales son en su esencia derechos humanos transformados em derecho constitucional positivo” (ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 26).

Além disso, há também a referência às “liberdades públicas”, surgida na França, no contexto da Revolução Francesa, no final do século XVIII⁴³. Na ocasião, a terminologia significava basicamente o conjunto de direitos de defesa do homem contra qualquer interferência do Estado. De qualquer forma, com o desenvolvimento da dogmática constitucional, em especial a divisão dos direitos em dimensões ou gerações, a expressão “liberdades públicas” parece ser limitada, na medida em que não incorpora os direitos de segunda geração⁴⁴.

Por conta de sua constitucionalização, e nisso reside sua força, os direitos fundamentais representam barreiras intransponíveis aos poderes constituídos. Qualquer ato estatal que viole a integridade dos direitos fundamentais padece de invalidade. É que os direitos fundamentais reduzem acentuadamente a discricionariedade dos poderes constituídos, impondo deveres de abstenção – não dispor contra eles – e deveres de atuação – dispor para efetivá-los⁴⁵.

Se não há maiores dificuldades acerca do contexto em que se inserem os direitos fundamentais, conceituá-los é uma tarefa bem mais penosa. Uadi Lammêgo Bulos⁴⁶, por exemplo, traz uma esclarecedora explicação sobre os direitos fundamentais, sem necessariamente indicar um conceito fechado:

Os direitos são fundamentais, porque sem eles os seres humanos não têm a base normativa para ver realizadas, no plano concreto, suas aspirações e desejos viáveis de tutela constitucional. Ademais, são fundamentais, porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive e, em alguns casos, nem sobrevive. Como ficariam a igualdade, a legalidade, a liberdade, o respeito à dignidade, a tutela do patrimônio sem a constitucionalização, em bases legislativas sólidas, desses direitos impostergáveis da pessoa humana?

43 CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 517.

44 Ibidem.

45 Ibidem, p. 516.

46 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 70.

Em outra senda, há o conceito trazido por Dirley da Cunha Júnior⁴⁷:

À vista deste critério, podemos conceituar os direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas.

De fato, o cerne dos direitos fundamentais é sua total imbricação com a dignidade da pessoa humana. Esta só se realiza, em suma, com a observância dos direitos fundamentais.

Em linhas gerais, os direitos fundamentais têm as seguintes características: são históricos, universais, cumuláveis, indisponíveis e relativos.

Diz-se que são históricos os direitos fundamentais porque representam a existência de um conjunto de faculdades e instituições que somente fazem sentido num determinado contexto histórico⁴⁸. É possível que um certo direito seja fundamental em uma época e não o seja em outra, em razão de contingências específicas da sociedade naquele momento. A par da historicidade, portanto, os direitos fundamentais são evolutivos, variando – e evoluindo – de acordo com a necessidade de resguardo da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, os direitos fundamentais são universais, ou seja, beneficiam indiscriminadamente qualquer ser humano. Assim, basta ostentar a qualidade de ser humano para se dizer titular de direitos fundamentais. Nenhum outro obstáculo existe ao titular de direitos fundamentais que tão somente sua própria existência. Cabe advertir, contudo, que alguns direitos fundamentais não interessam a todos os indivíduos, mas se referem apenas à alguns, como os direitos fundamentais dos trabalhadores, por exemplo⁴⁹.

47 CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 522.

48 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 231.

49 *Ibidem*, p. 230.

Os vários direitos fundamentais podem ser exercidos ao mesmo tempo. São cumuláveis, portanto. Assim, por exemplo, quando um jornalista transmite uma notícia que apurou e emite sua apreciação pessoal sobre o fato, há o exercício concorrente de pelos menos três direitos fundamentais: o direito à informação, o direito à liberdade de expressão e o direito ao exercício profissional.

A característica da indisponibilidade dos direitos fundamentais abrange sua inalienabilidade e irrenunciabilidade. Com efeito, indisponível é aquilo que não pode ser objeto de qualquer ato de disposição – renúncia, alienação, compra e venda etc. Os direitos fundamentais, assim, não estão sujeitos a atos, do próprio titular, que o torne impossível de ser exercido. Em outras palavras, a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir⁵⁰.

A par de sua inegável importância, os direitos fundamentais não são cláusulas absolutas. Limitações ao seu exercício podem ser aceitas, até mesmo em razão de eventual concorrência de direitos fundamentais em um caso concreto. Observe-se, por exemplo, o direito de propriedade pode ter sua previsão no rol dos direitos fundamentais, que também pode albergar, em situações excepcionais, o direito do Estado à desapropriação⁵¹.

Atente-se ainda que os direitos fundamentais se revelam sob uma dupla dimensão – subjetiva e objetiva. Neste sentido, do ponto de vista subjetivo, os direitos fundamentais conferem a seus titulares posições jurídicas frente ao Estado ou a outros sujeitos – inclusive de ordem privada -, materializáveis em abstenções e prestações.

50 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 232.

51 Na doutrina do direito constitucional é corrente a ideia da relatividade dos direitos fundamentais. Na Constituição Federal de 1988, contudo, é possível identificar ao menos um direito absoluto. Segundo o art. 5º, III, “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Não se vislumbra exceção a este direito fundamental.

No que se refere à dimensão objetiva, cumpre destacar que os direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos⁵². Assim, uma importante consequência da dimensão objetiva está em estabelecer ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais. Diante disso, o Estado fica obrigado a proteger os direitos fundamentais mediante prestações normativas – normas – e fáticas – ações concretas⁵³.

Colocadas tais premissas, cumpre ressaltar que os direitos fundamentais são o parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade⁵⁴. É que direitos fundamentais e democracia são conceitos umbilicalmente ligados, podendo-se afirmar que os direitos fundamentais não existem plenamente senão no Estado Democrático de Direito, ao passo que o Estado de Direito é o Estado juridicamente limitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado à sua defesa e promoção⁵⁵.

Na ordem jurídica brasileira, os direitos fundamentais estão colocados no Título II da Constituição Federal de 1988, cuja denominação é exatamente “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e abrangem os direitos individuais e coletivos (art. 5º), os direitos sociais (art. 6º a 11), os direitos à nacionalidade (art. 12), os direitos políticos (arts. 14 a 16) e os direitos dos partidos políticos (art. 17).

É pertinente assinalar a posição privilegiada dada aos direitos fundamentais na topografia do texto constitucional, na medida em que a avançada lista de direitos e garantias precede à organização do Estado, revelando um parâmetro hermenêutico a ser observado pelo intérprete. Saliente-se que as Constituições

52 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

53 Ibidem.

54 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 28.

55 Ibidem.

anteriores primeiramente tratavam do Estado, para, somente então, disciplinarem direitos⁵⁶.

Em razão da vocação de materialização da cláusula da dignidade da pessoa humana, pode-se afirmar peremptoriamente que os direitos fundamentais não estão somente previstos no Título II da Constituição Federal. Neste sentido, o próprio art. 5º, § 2º esclarece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, o dispositivo constitucional em tela dá azo à constatação de que o Brasil adota um catálogo aberto de direitos fundamentais.

No reforço destes argumentos, registre-se entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 939⁵⁷, no qual se reconheceu que o princípio da anterioridade tributária⁵⁸ é direito fundamental, já que se liga umbilicalmente ao princípio da segurança jurídica, razão pela qual sequer emenda constitucional pode violá-lo, tendo em vista seu *status* de cláusula pétrea⁵⁹.

Destarte, tal constatação permite classificar os direitos fundamentais em duas espécies: a) direitos fundamentais em sentido formal; b) direitos fundamentais em sentido material⁶⁰.

56 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85.

57 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 939/DF, Pleno, Rel. Min. Sidney Sanches, j. 15/12/1993; DJ 18/03/1994, p. 5165.

58 O princípio da anterioridade dispõe sobre a impossibilidade da União, Estados, Municípios e o Distrito Federal cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, conforme dispõe o art. 150, III, “a” da Constituição Federal. Como se percebe, a previsão da anterioridade tributária não se encontra no Capítulo II da Carta, mas nem por isso perde sua característica de fundamentalidade.

59 As cláusulas pétreas estão previstas no art. 60, § 4º da Constituição Federal e são as seguintes: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e o direitos e garantias individuais.

60 Com esta mesma denominação, cf. CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 618.

Diz-se que um direito é dotado de fundamentalidade formal quando ele está expressamente previsto no rol de direitos fundamentais, abrangido no ordenamento jurídico brasileiro em algum dispositivo da Constituição Federal. Para este critério, vale a localização da previsão do direito no texto constitucional, ainda que sem maiores considerações a respeito de seu conteúdo⁶¹.

Assim, por exemplo, na Constituição Federal, o direito disciplinado no art. 5º, XXI - “*as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente*” - é fundamental em sentido formal, ainda que não o seja do ponto de vista material, conforme se verá.

Por outro lado, há direitos que não são colocados, pelo direito positivo, no rol de direitos fundamentais, mas materializam pretensões que se pautam na perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana⁶². Desta forma, são direitos dotados de fundamentalidade material, porque sempre expressam situações jurídicas intrinsecamente ligadas à realização da pessoa humana. Segundo Luiz Guilherme Marinoni⁶³, a caracterização de um direito fundamental a partir de sua fundamentabilidade material exige o exame de seu conteúdo, isto é, da circunstância de conter, ou não, uma decisão fundamental sobre a estrutura do Estado e da sociedade.

É certo que há sempre alguma subjetividade na tentativa de discernir um eventual caráter de fundamentalidade material de um direito. A solução para o

61 Na lição de Robert Alexy: “La definición formal se basa en la manera em que está dispuesta la normatividad de derecho positivo de los derechos fundamentales. Según su variante más simple, los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la própria Constitución” (ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21).

62 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.

63 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 69.

impasse, conforme já dito, visa a que se que se busque a vinculação do direito analisado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Se for este o cenário que se desenhar, então o direito é dotado de fundamentalidade material, tal como asseverado por Mendes, Coelho e Branco⁶⁴:

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano. É o princípio da dignidade da pessoa humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.

Conforme se observa, toda a discussão sobre os direitos fundamentais gira em torno da cláusula da dignidade da pessoa humana. É esta a acertada conclusão de Francis Delpérée⁶⁵:

O conceito de dignidade da pessoa humana repousa na base de todos os direitos fundamentais (civis, políticos ou sociais). Consagra assim a Constituição em favor do homem, um direito de resistência. Cada indivíduo possui uma capacidade de liberdade. Ele está em condições de orientar sua própria vida. Ele é por si só depositário e responsável do sentido de sua existência. Certamente, na prática, ele suporta, como qualquer um, pressões e influências. No entanto, nenhuma autoridade tem o direito de lhe impor, por meio de constrangimento, o sentido que ele espera dar a sua existência. O respeito a si mesmo, ao qual tem direito todo homem, implica que a vida que ele leva dependa de uma decisão de sua consciência e não de uma autoridade exterior, seja ela benevolente e paternalista.

Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade da pessoa humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha⁶⁶. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade e

64 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.

65 *Apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 547.

66 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

promoveram a barbárie em nome da lei⁶⁷. Basta lembrar que os principais acusados em Nuremberg⁶⁸ invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas de autoridade competente como justificativa para os crimes praticados⁶⁹. Neste contexto, ao final da Segunda Guerra Mundial, emergem a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente à valores éticos, confinados à ótica meramente formal⁷⁰.

O positivismo tem suas raízes na filosofia positivista, baseada essencialmente na exaltação da experiência como a via cognoscitiva de todas as coisas⁷¹. As posições fundamentais dos positivistas se baseiam nas seguintes premissas: a) renúncia do espírito humano à investigação de causas e princípios fundamentais das coisas; b) limitação da ciência e da filosofia o estudo do fenômeno sujeitos à observação; c) caracterização das leis como simples relações invariáveis de sucessão e semelhança⁷².

Neste diapasão, o positivismo científico pauta-se pela redução da atividade humana ou da atividade social como simples realidade física ou natural, sujeita a um determinismo rígido tal como o existente na observação dos fenômenos físicos e biológicos⁷³. Transferindo-se esta concepção ao Direito, pode-se dizer que, na ótica do positivismo jurídico, pensou-se em criar uma ciência jurídica a partir dos

67 Ibidem.

68 O Tribunal de Nuremberg, ou Tribunal Militar Internacional, foi criado em 8 de agosto de 1945, pelos países vencedores da Segunda Guerra Mundial. O objetivo da Corte foi processar e julgar criminosos de guerra exclusivamente dos países derrotados no conflito bélico. O julgamento durou entre 20 de novembro de 1945 a 1º de outubro de 1946, findo o qual onze dos acusados foram condenados à morte, quatro à prisão perpétua e três foram absolvidos. (ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, G.E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 826-827).

69 Em crítica ao positivismo, André Franco Montoro lembra que preceitos arbitrários e violentos, atentados à dignidade da pessoa humana como os praticados nos campos de concentração e julgados pelo Tribunal de Nuremberg, seriam juridicamente inatacáveis se o direito se reduzisse a um imperativo de força coercitiva da sociedade (MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 303).

70 PIOVESAN, Flávia, ob. cit., p. 80.

71 NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense (GEN), 2011, p. 207.

72 MONTORO, André Franco. op. cit., p. 292.

73 Ibidem, p. 294.

métodos das ciências naturais, basicamente da objetividade da observação e da experimentação.

Saliente-se que se o investigador das ciências naturais pode realizar experimentos com base em procedimentos lógicos até concluir a respeito da verdade ou da falsidade de uma proposição, supõe-se que a tarefa do jurista poderia ser submetida a essa mesma lógica⁷⁴. Nessa linha, os juristas sempre chegariam a um resultado correto ou falso na descrição do direito positivo, como se físico ou químicos fossem⁷⁵.

De acordo com a doutrina positivista, o direito é a lei⁷⁶; seus destinatários devem exercitá-la sem questionamento ético ou ideológico⁷⁷. Não há, portanto, que se falar em lei injusta, já que o valor contido na norma não é objeto de apreciação pelo cientista. Vale, pois, a parte formal, observando-se se a lei adveio de um escorreito processo legislativo. No caso de resposta afirmativa, não se cogita de injustiça: a lei é válida e deve ser aplicada⁷⁸. O ato de justiça consiste, portanto, na aplicação da regra jurídica ao caso concreto⁷⁹.

Os graves atentados aos direitos humanos, “em nome da lei”, perpetrados pelos governos totalitários por ocasião da Segunda Guerra Mundial levaram à superação do positivismo jurídico, conforme já ressaltado⁸⁰. Passou-se à premissa

74 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

75 Ibidem.

76 Para a compreensão do positivismo jurídico, é essencial reconhecer que seus defensores identificam o “direito” como “direito positivo”. Não há, portanto, direito fora da lei.

77 NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 211.

78 Para Hans Kelsen, o estudo do direito, para ser considerado científico, deveria ser separado de qualquer disciplina, de modo que não caberão discussões como a justiça ou injustiça de determinada norma. Para ele esse juízo de valor não pertence à ciência do direito, mas a outras áreas, como a sociologia, filosofia ou a antropologia (GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Hans Kelsen – o sistema fechado*. In GONZAGA, Álvaro de Azevedo e ROQUE, Nathaly Campitelli (orgs.) *Vade mecum humanístico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 303).

79 NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 211.

80 Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, a técnica positivista de reduzir a ciência do Direito à emanações do direito positivo legislado prestou grandes serviços às

inarredável de que há uma lei moral, na qual o ser humano figura como elemento central, acima da lei civil, que deve ser incorporada à ordem jurídica em seu valor máximo⁸¹.

Assim, é na concepção da reaproximação da ética e do direito⁸²⁸³ que surge a dignidade da pessoa humana, como valor supremo no âmbito do Direito constitucional e nos documentos internacionais de direitos humanos. O valor da dignidade da pessoa humana, ainda que sem uma definição precisa de seu conteúdo, passa a ser contemplado com absoluto destaque nos ordenamentos jurídicos nacionais, inclusive na Constituição Federal de 1988. Há um substancial reconhecimento de que as pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco.

Com efeito, na ordem jurídica brasileira, a dignidade da pessoa humana

classes dominantes, na medida em que o ordenamento posto correspondia aos seus ideais, sendo que, no momento da aplicação da norma ao caso concreto, os magistrados agiam como verdadeiros autômatos, pois se limitavam ao método exegético da subsunção do fato à norma, sem qualquer espaço para a criação do Direito. Todavia, a assepsia e a neutralidade da norma diante dos valores geraram o maior atentado praticado, em face da especial dignidade da pessoa humana. Em nome do Direito, injustiças e atrocidades foram cometidas pelo Estado nazifascista, suprimindo-se os direitos da personalidade de toda uma comunidade, com justificativa de uma ordem jurídica apoiada em um poder legitimamente constituído (FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. *Direito civil (teoria geral)*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25-26).

81 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 77.

82 Para André Franco Montoro, a finalidade do direito não é o simples conhecimento “teórico” da realidade jurídica, embora esse conhecimento seja importante. Não é também a formulação de quaisquer regras “técnicas”, eficazes e úteis, apesar da grande importância da técnica jurídica. A finalidade do direito é dirigir a conduta humana na vida social. É ordenar a convivência de pessoas humanas. É dar normas ao “agir”, para que cada pessoa tenha o que lhe é devido. É, em suma, dirigir a liberdade no sentido da justiça. Por isso, segundo o autor, o direito pertence às ciências éticas ou morais, na categoria das ciências normativas do agir. Enfim, com Jellinek, o direito é o “mínimo ético” (MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 124).

83 Segundo Nelci Silvério de Oliveira, o Direito e a Moral têm pontos de dissemelhança e de contato. Têm uma comum base ética, portanto, idêntica origem, e, ambos constituem normas qualitativas de comportamento obrigatório, visando à felicidade do indivíduo e ao bem-estar amoroso e construtivo da sociedade. E a moral nada mais é do que o aspecto subjetivo da Ética (OLIVEIRA, Nelci Silvério de. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. Goiânia: AB, 2004, p. 45).

enfeixa todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade⁸⁴. É, pois, o valor máximo do ordenamento nacional.

Vale asseverar que, no contexto do constitucionalismo brasileiro, a dignidade da pessoa humana não configura um direito fundamental, mas vige como princípio e valor fundamental – ou princípio jurídico-constitucional fundamental – servindo como valor-guia de toda a ordem jurídica, mais até do que os direitos fundamentais⁸⁵. Enfim, no âmbito da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem ser interpretados⁸⁶.

De fato, a mais importante consideração filosófica do conhecimento científico do Direito é, sem dúvida, a proteção fundamental do valor da pessoa e da humanidade. A justiça é um valor nuclear, princípio e razão de todo o Direito. E não há justiça se o ser humano não figurar como elemento central de todas as preocupações científicas, principalmente nas ciências do dever-ser, como é o Direito. Neste sentido, as palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery⁸⁷:

É tão importante este princípio que a própria CF 1º III o coloca como um dos fundamentos da República. Esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é razão de ser do Direito.

84 FARIAS, CristianoChaves de, e ROSENVALD, Nelson. *Direito civil (teoria geral)*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 136.

85 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57.

86 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 549.

87 NERY Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 118.

Ele se bastaria sozinho para estrutura o sistema jurídico. Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade da pessoa humana, que não se presta a servir ao homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito. (...) Não há outra maneira de tratar o tema sem meditar sobre essa preliminar de lógica. É o princípio fundamental do direito. É o primeiro. O mais importante.

Na verdade, a valoração positiva da dignidade da pessoa humana, como elemento central do ordenamento jurídico, é o que lhe possibilita fixar bases integradoras, enquanto referencial axiológico do Direito. Se a Constituição se compromete com uma série de pautas – vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança etc – então tais compromissos só podem ser entendidos como elemento de concretização da dignidade da pessoa humana.

Por esta razão, o princípio da dignidade da pessoa humana determina a abertura material do sistema jurídico dos direitos fundamentais, não como mera abstração, mas sim como verdadeira norma vinculante, a ser concretizada mediante um esforço continuado da comunidade e do Estado.

Realmente, um conjunto mínimo de direitos a serem garantidos pelo Estado é, também, o mínimo que se espera para que o ser humano atinja patamares adequados de emancipação. Se o substrato fático colocado à apreciação do jurista demonstrar que, segundo uma concepção material, a dignidade da pessoa humana está sob violação por parte do Estado, o que se pretende é que prevaleça a promessa de dignidade insculpida no texto constitucional.

Com base nestas digressões, é fácil concluir que a dignidade da pessoa humana agrega em torno de si, como valor constitucional supremo, a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, tais como o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais e as liberdades públicas em geral⁸⁸.

88 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49.

Certamente que o conteúdo da dignidade da pessoa humana pode, por si só, normatizar situações concretas de violação às mínimas condições de existência do ser humano, mormente se existe um compromisso estatal de resgatar a autodeterminação do homem. É neste contexto que se faz necessário o entendimento dos direitos sociais, como espécie de direitos fundamentais.

1.3 Direitos fundamentais sociais

Os direitos sociais foram contemplados na Constituição Federal de 1988 em um grande número de dispositivos. Desde logo, o art. 6º aponta que “*São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação⁸⁹, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*”.

Há outros artigos do texto constitucional que discorrem com mais detalhes sobre os direitos sociais previstos no art. 6º. O direito dos trabalhadores, tanto os de índole individual quanto os de índole coletiva, são tratados nos arts. 7º a 11. Já a saúde, a previdência social e a assistência social - “assistência aos desamparados”, segundo o art. 6º - são disciplinados em um conjunto de artigos que trata da “*Seguridade Social*”.

Estas considerações iniciais demonstram que os direitos sociais consistem em um conjunto bastante heterogêneo de prerrogativas. Deve-se ressaltar, contudo, há um traço comum a todos eles lhes dá o toque de uniformidade. Os direitos sociais são emanações do princípio da dignidade da pessoa humana. São pontos essenciais para a realização do homem. Sem a adequada garantia dos direitos sociais, sequer os direitos civis e políticos – os direitos de primeira geração, portanto - podem ser exercidos⁹⁰. Assim sendo, são direitos fundamentais

89 A alimentação, como direito social, foi incluído no rol do art. 6º por meio da Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010.

90 Segundo Rogério Gesta Leal, para que os cidadãos possam efetivamente assumir seus

materiais, ou, em outras palavras, dotados de fundamentalidade material.

O constituinte de 1988, ciente destas constatações, incluiu formalmente os direitos sociais como espécie de direitos fundamentais. De fato, o Título II da Constituição Federal trata “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”. Este Título II abrange cinco Capítulos e um deles é o Capítulo II, denominado “*Dos Direitos Sociais*”. Então, não há qualquer dúvida que, sob a ótica estritamente formal, os direitos sociais foram considerados *ab initio* pelo constituinte originário como espécie de direitos fundamentais⁹¹. Ainda assim, a disciplina de alguns direitos fundamentais está dispersa em outros pontos do texto da Constituição Federal de 1988⁹².

Em suma, os direitos sociais são direitos fundamentais tanto do ponto de vista formal quanto do ponto de vista material⁹³. A respeito do tema, reconhecendo ainda que implicitamente a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais, assim leciona Dirley da Cunha Júnior⁹⁴:

direitos de participação e de comunicação, mister é que estejam atendidos os direitos fundamentais (sociais) às condições de vida necessárias para o desfrute, em igualdade de oportunidades, de todas as demais prerrogativas/deveres que se lhes incumbem na condição de cogestores e legisladores de seus cotidianos. Aqui a intervenção não só dos tribunais, mas de todo o Estado, se revela indispensável, não a ponto de solapar a soberania popular e suas representações, mas a fim de garantir concretamente as condições de possibilidades mínimas para o exercício autônomo das garantias fundamentais (LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 35).

91 Ingo Wolfgang Sarlet aduz que a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição autêntica de direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria das normas de eficácia limitada (*apud* MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 34).

92 A divisão topográfica do texto da Constituição Federal de 1988, além do rol de direitos sociais do art. 6º, consagra o Título VIII, que trata da Ordem Social. Com efeito, ali estão disciplinados alguns direitos sociais indicados no art. 6º, como o direito à previdência social, à assistência social e à saúde.

93 A partir do exame do processo de constitucionalização e do conteúdo dos direitos sociais, é possível afirmar que eles atendem à fundamentalidade material e formal presente nos direitos fundamentais (MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 35).

94 CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.

A Constituição de 1988 avançou muito em relação aos direitos sociais. Pondo fim a uma discussão doutrinária estéril, inseriu os direitos sociais no título II que trata dos direitos fundamentais, não deixando mais qualquer dúvida quanto à natureza destes direitos: os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, com força normativa e vinculante, que investem os seus titulares de prerrogativas de exigir do Estado as prestações positivas indispensáveis à garantia do mínimo existencial

Os direitos sociais, portanto, têm a mesma estatura dos direitos de primeira geração, que estão principalmente previstos no art. 5º da Constituição Federal. São direitos idênticos quanto ao regime jurídico, inclusive quanto à qualificação de cláusula pétrea, não obstante a localização topográfica do art. 5º, § 1º (antes do capítulo dos direitos sociais), e a dicção literal do art. 60, § 4º, inciso IV (“direitos e garantias individuais”), podendo-se afirmar que o constituinte originário disse menos do que quis dizer⁹⁵.

1.4 Implementação dos direitos sociais

A característica principal dos direitos sociais é outorgar ao indivíduo uma posição jurídica de direito à prestações materiais relacionadas à dignidade de sua pessoa, tais como saúde, educação, moradia, trabalho, previdência social, dentre outras. Estas prestações são devidas pelo Estado e devem variar de acordo com a necessidade específica do cidadão⁹⁶. Com efeito, gastar mais recursos com uns do que com outros envolve a adoção de critérios distributivos⁹⁷⁹⁸, o que se justifica

698.

95 Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino identificam a controvérsia semântica em torno do teor do art. 60, § 4º da Constituição Federal. Segundo os autores, não há unanimidade doutrinária quanto a serem os direitos sociais cláusulas pétreas, visto que o constituinte se referiu apenas a “direitos e garantias individuais”. Para os autores, não há dúvidas de que direitos sociais que possam ser referidos a indivíduos determinados, como o são muitos dos arrolados nos incisos do art. 7º, devem ser considerados cláusulas pétreas. A polêmica maior deveria restringir-se àqueles direitos que não são referíveis a indivíduos determinados, como por exemplo o direito à greve, o direito ao lazer etc. (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 217).

96 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 668.

97 Ibidem.

98 Segundo Paulo Nader, é possível falar-se em duas espécies de justiça. Na justiça entre particulares, deve haver igualdade entre o quinhão que se dá e o que se recebe. Fala-se em justiça comutativa. Se o Estado participa de um de seus polos, impondo encargos ou

plenamente por conta do postulado da solidariedade, característica principal dos direitos de segunda geração.

Com base nestas premissas, verifica-se que os direitos sociais não são assim chamados porque sejam direitos da coletividade, mas porque se ligam a reivindicações de justiça social e, na maior parte das vezes, tais direitos têm por titulares indivíduos singularizados⁹⁹.

A concretização de tais direitos exige que as instituições sociais mais importantes – o Estado, principalmente - distribuam direitos e deveres provenientes das vantagens da cooperação social¹⁰⁰. Tal como preconizado por John Rawls, a justiça é o fundamento da estrutura social e, por isso, todas as decisões políticas e legislativas devem sujeitar-se aos limites impostos pelos princípios de justiça¹⁰¹.

Com efeito, é evidente que as prestações sociais implicam no favorecimento de alguns seguimentos da sociedade. Há uma dificuldade de se definir o que é justiça, no estrito sentido do termo, mas a ideia do justo se encontra enraizada em todas as sociedades civilizadas e a ação do tempo é no sentido de adaptá-las aos avanços sociais, aperfeiçoando-a também na medida em que se reconhece a extensão da dignidade da pessoa humana¹⁰².

Quanto mais a sociedade se desenvolve e ganha complexidade, maiores são os desafios do legislador, cuja missão é precipuamente buscar novas fórmulas que garantam a distribuição da justiça¹⁰³. Esta dificuldade foi bem bem captada por

atribuindo vantagens, há a justiça distributiva. (NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro, 2011, p. 73)

99 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 156.

100 CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 695.

101 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional (teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo)*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 66.

102 NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68.

103 Ibidem.

Celso Fernandes Campilongo¹⁰⁴, em estudo no qual debateu a complexidade da função judicante diante desta nova feição dos direitos sociais:

Os direitos agregam ao Estado de Direito um considerável aumento de complexidade. O sistema legal de garantias liberais era altamente seletivo e impermeável a conteúdos materiais. O modelo jurídico do Estado social é compensatório dos déficits e desvantagens que o próprio ordenamento provoca. Os direitos sociais lidam com uma seletividade inclusiva. O desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais era, e continua sendo, conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que direitos decorrentes dessa “seletividade inclusiva”.

De fato, desde suas raízes históricas, já analisadas neste trabalho, denota-se que os direitos sociais buscam precipuamente a assimilação, pela sociedade, de uma série de pretensões ligadas à superação de desigualdades.

Neste sentido é que a ideia de igualdade material – tratar desigualmente os desiguais – em muito se aproxima da ideia de justiça, sem embargo de se reconhecer que esta é uma discussão acesa hoje e sempre entre os jusfilósofos. É grande, portanto, o realce do postulado da igualdade de fato nos direitos sociais, na medida em que são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução ou supressão desigualdades.

Neste ponto, é importante destacar a lição sobre as características essenciais da justiça, segundo André Franco Montoro¹⁰⁵. De acordo com o insigne autor, a justiça, em sentido estrito, compreende três postulados básicos: a alteridade, o devido e a igualdade.

A alteridade significa a pluralidade de pessoas. A justiça consiste fundamentalmente na disposição permanente de respeitar a pessoa do próximo.

104 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010. 131.

105 MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 166.

Por isso, a primeira condição para que ela se realize é a existência de uma pluralidade de pessoas ou pelo menos de uma outra pessoa (*alteritas*). Em suma, de acordo com André Franco Montoro, a justiça consiste essencialmente no reconhecimento prático que o homem faz da dignidade dos demais homens.

A segunda característica da justiça, conforme André Franco Montoro¹⁰⁶, é a obrigatoriedade ou exigibilidade. O ato de justiça consiste em dar o que é “devido” (*Actus justitiae est reddere debitum*). Uma obrigação, reconhecida como relevante para o bem comum, pode tornar-se um dever exigível se assim determinar uma norma jurídica. Assim, o lesado por sua violação tem a faculdade de fazê-la cumprir pelo violador, ou de exigir deste a reparação do mal por ele causado.

A igualdade, por sua vez, é o elemento essencial e básico da justiça, de acordo com André Franco Montoro¹⁰⁷. De fato, considerações sobre igualdade devem partir da premissa que um homem, inserido em uma comunidade, é idêntico apenas a si mesmo. E por isso o bem comum só é alcançado quando a comunidade dá ao homem o que lhe é devido¹⁰⁸.

Neste diapasão, cabe destacar que todos têm a obrigação de concorrer para o bem comum, mas esta responsabilidade segue uma proporcionalidade à respectiva função e colocação na vida social¹⁰⁹. E, de outro lado, sob a ótica da comunidade, há a perspectiva da solidariedade, segundo a qual cada membro deve sentir-se incumbido de interesses comuns a si e aos outros¹¹⁰. Assim, repise-

106 Ibidem.

107 Ibidem, p. 170.

108 Cumpre ressaltar que, segundo João Maurício Adeodato, Aristóteles vê a Justiça com pelo menos dois sentidos distintos. O primeiro sentido é aquele ligado a um valor moral, influenciado pelo platonismo. No segundo sentido, há uma conotação de *justum* legal e natural, segundo a convicção de que o ser humano tem direitos que independem do poder político, ao qual cabe apenas reconhecê-los, o que tem se mostrado importante na atual cultura ocidental (ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito (uma crítica à verdade na ética e na ciência)*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68).

109 MONTORO, André Franco. op. cit., p. 270;

110 Ibidem, p. 273.

se, os integrantes de uma comunidade devem ajustar sua conduta e de seu bem particular ao bem comum¹¹¹.

Uma variável essencial para a implementação dos direitos sociais e para a realização da justiça, tal como aqui colocado, é a intuitiva percepção acerca da finitude de recursos à disposição do Estado. De fato, a máquina estatal deve angariar recursos para concretizar suas ações ou políticas públicas, oportunidade em que vai buscá-los junto à iniciativa privada, em especial pela forma de tributos e políticas fiscais¹¹².

Observe-se que esta renda não tem a função apenas de proporcionar que o Estado dê conta de seus próprios gastos; mais que isso, é instrumento de modificação social da capacidade aquisitiva dos cidadãos e, por vezes, meio de desconcentração de capital¹¹³. Cabível, portanto, indagar como implementar direitos sociais se o suporte financeiro estatal não pode atender todas as demandas existentes.

De fato, a efetivação destes direitos não depende essencialmente da vontade dos juristas, mas está ligada a fatores de ordem material, de todo alheios à normatividade jurídica e, portanto, insuscetíveis de se transformarem em coisas por obra e graça das palavras da doutrina¹¹⁴. Porém, como adverte Robert Alexy, “*los derechos fundamentales sociales tienen considerables efectos financieros*”, mas “*este solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos*”¹¹⁵

O ponto de partida para a análise da questão é a compreensão de que em

111 Ibidem.

112 LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 74.

113 Ibidem.

114 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 676.

115 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 495.

uma formatação democrática, tal como delineado na Constituição Federal de 1988, as instâncias políticas do Estado devem deliberar acerca de prioridades da coletividade, formulando políticas públicas, a fim de direcionar os recursos públicos para estas necessidades prioritárias. O critério da justiça distributiva - o quanto disponibilizar e a quem atender -, configurando-se como típica opção política, pressupõe “escolhas trágicas”¹¹⁶ pautadas por razões de macrojustiça.

Destarte, a escolha da destinação dos recursos para uma ação estatal pretendida e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados e assim por diante¹¹⁷.

Por outro lado, o desenvolvimento da dogmática constitucional levou, do ponto de vista teórico, à oposição de várias cláusulas restritivas à implementação dos direitos sociais. O dilema, conforme já visto, foi detectado inclusive na esfera internacional, com a adoção de dois Pactos de direitos por parte da Organização das Nações Unidas. Ruth Barros Pettersen da Costa¹¹⁸ sistematizou tais cláusulas levantadas pela doutrina, dividindo-as em quatro categorias:

- a) obstáculos de natureza jurídica substancial: defeitos das normas constitucionais definidoras de direitos sociais prestacionais, uma vez que sua redação contém termos vagos, imprecisos, conceitos

116 Em seu voto na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, esclarece o que se entende por escolhas trágicas: “Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas 'escolhas trágicas' (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA 175/CE AgR, Pleno, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 17/03/2010, DJe 29/04/2010).

117 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 668.

118 COSTA, Ruth Barros Petersen. *A efetividade do mínimo existencial à luz da Constituição Federal de 1988*. Goiânia: PUC Goiás, 2011, p. 181/182.

indeterminados e fluidos, apresentando, portanto, graves lacunas em seu texto, o que exige a interposição do legislador a fim de se tornarem realmente eficazes; também a ideia de reserva do possível jurídica, tendo em vista que a formulação de políticas públicas e leis orçamentárias está estritamente reservada à interação entre Poder Executivo e Poder Legislativo, não cabendo, pois, qualquer tarefa ao Poder Judiciário;

b) obstáculos de natureza fática: a reserva do possível fática tem representado um argumento de defesa para a Administração Pública em face dos pleitos formulados pelos jurisdicionados com escopo nos direitos sociais prestacionais e embasa-se na limitação financeira do Estado para atender às infindáveis e recorrentes demandas sociais;

c) obstáculos de natureza jurídica processual: ausência de instrumentos específicos de tutela de direitos sociais prestacionais, corroborada pela inexistência quanto a essas situações jurídicas sedimentados em estudos doutrinários ou precedentes jurisprudenciais dirigidos a garantir ou proteger esses direitos, ao contrário do que ocorre com os direitos de defesa, de primeira geração;

d) de natureza política: violação aos princípios democrático e de separação dos poderes, já que, inexistindo critérios objetivos para uma interpretação jurídica que vise ao suprimento de imprecisões das normas definidoras de direitos sociais prestacionais de caráter programático e principiológico, esta atividade, considerada não meramente interpretativa, porém integradora, é alheia à competência do Poder Judiciário, uma vez que este se encontra adstrito ao princípio da legalidade, exigindo-se, destarte, uma deliberação

política dos Poderes Executivo e Legislativo, cujos titulares são investidos pelo voto popular.

Considerando as pretensões deste trabalho, que se liga à análise da implementação judicial do direito à saúde, propõe-se uma readequação das categorias indicadas pela ilustre autora, da seguinte forma: a) objeções de ordem política – a judicialização da política e o princípio da separação dos poderes; b) objeções de ordem hermenêutica – a imprecisão das normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais e sua natureza programática; c) objeções de ordem orçamentária – a reserva do possível.

1.5 Judicialização, política e separação dos poderes

A judicialização da política é um dos temas mais debatidos do Direito constitucional e nas ciências políticas em geral na atualidade¹¹⁹. De fato, não se pode ignorar que os tribunais têm assumido uma posição de protagonismo político nas democracias contemporâneas, um fenômeno típico do final do século XX e início do século XXI. A questão é preocupação não só de juristas, mas também de cientistas políticos e sociólogos. O embate, a par de sua interdisciplinariedade, também resvala em considerações essencialmente ideológicas, como bem assevera Ran Hirschl¹²⁰:

Tal fenômeno seria acompanhado e alimentado por uma mudança na ideologia jurídica, consistente em uma crítica crescentemente realizada pelas elites políticas, jurídicas e econômicas à premissa majoritária que define a democracia em sua dimensão popular. Haveria, assim, uma convergência entre distintos interesses políticos, econômicos e jurídicos na defesa da democracia constitucional, por um lado, e no ataque à democracia ou premissa majoritária, por outro.

Antes do exame do tema, contudo, cabem algumas considerações sobre

119 CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 142.

120 *Apud* VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

duas expressões: função política do Estado e judicialização.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹²¹ diz que a função política estatal compreende o exercício de atos de superior gestão estatal ou de enfrentamento de contingências extremas, que se contrapõem à função administrativa, que se pauta eminentemente por comportamentos infralegais ou infraconstitucionais expedidos na intimidade de uma relação hierárquica, suscetíveis de revisão quanto à legitimidade. Nesta diferenciação o autor se prende aos aspectos materiais da atuação do Estado, ressaltando o conteúdo do ato estatal.

No mesmo sentido, também defendendo uma concepção material de diferenciação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²² assevera que a função política compreende as atividades colegislativas e de direção, enquanto a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia.

Para José dos Santos Carvalho Filho¹²³, por sua vez, a distinção entre função política e função administrativa reside na característica de que esta não se sujeita à subordinação jurídica direta, ao contrário daquela, sempre sujeita a regras jurídicas superiores. Aqui, o administrativista parece adotar um critério mais formalista de diferenciação, na medida em que aponta a existência de regras de hierarquia e revisão como método de separar atos políticos de atos administrativos.

É interessante ainda ressaltar a posição de Hely Lopes Meirelles¹²⁴, para quem não há a função política como entidade autônoma. Segundo o autor, existe o

121 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37.

122 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 51.

123 CARVALHO Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 4.

124 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 39.

ato legislativo, ato administrativo e o ato judiciário informado de fundamento político. O ato político, portanto, não passaria de um ato de governo, praticado discricionariamente por qualquer dos agentes que compõem os Poderes do Estado. Além disso, ainda conforme a lição do administrativista, a Política não se subordina aos princípios do Direito, nem se filia a esse ramo do saber humano.

Independente do autor que se dê proeminência, percebe-se que a função política do Estado abrange a realização de atos superiores de escolha de caminhos pelos quais serão conduzidos os interesses da coletividade.

Uma ponto nuclear da função política do Estado – ou do ato político do Estado – é a formulação de políticas públicas, que nada mais são do que a definição dos objetivos estatais e a previsão de instrumentalização de ações para esta consecução. Formular políticas públicas, portanto, é uma escolha racional e coletiva de prioridades, para definição de interesses públicos reconhecidos pelo Direito¹²⁵.

De qualquer forma, tal como apontado pelos doutrinadores, ainda que com diferentes palavras, é inerente à essência do ato político a insuscetibilidade de revisão de seu mérito. Com efeito, o fato de ser cabível o controle dos paradigmas constitucionais que vinculam a sua prática, não autoriza a supressão do espaço governamental reservado às decisões políticas¹²⁶.

Por sua vez, judicializar é simplesmente levar uma questão ao Poder Judiciário. Na conformação constitucional brasileira, qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser levada à apreciação do Poder Judiciário¹²⁷, o que é conhecido como “cláusula de inafastabilidade da jurisdição”.

125 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo (parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração)*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 594.

126 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo (parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração)*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 566.

Na doutrina, contudo, a judicialização tem um significado mais preciso. Diz-se que judicializar, em breves palavras, seria fazer chegar ao Poder Judiciário questões de ordem política, ou seja, ligadas às escolhas das instâncias democráticas. Neste sentido, observe-se o que diz Luís Roberto Barroso¹²⁸:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica do modo de pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito.

Apenas como resgate histórico, assinale-se que já houve regra constitucional vedando expressamente a intervenção judicial em questões políticas¹²⁹, o que ficou conhecido como “doutrina das questões políticas”. O art. 94 da Constituição Federal de 1937¹³⁰, por exemplo, dispunha o seguinte: “*É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas*”. Araújo

127 No rol de direitos fundamentais, a cláusula da inafastabilidade da jurisdição tem a seguinte posituação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se do art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Esta garantia, vale dizer, não indica ao cidadão a mera possibilidade de ingressar em juízo; mais que isso, traduz-se na garantia da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão (DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 30).

128 *Apud* NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. *In* NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 356-357.

129 Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que, na concepção da época, o ato político seria aquele concernente aos interesses superiores da nação (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 749).

130 Segundo Dirley da Cunha Júnior, a Constituição de 1937 foi a mais autoritária de todas, uma vez que foi outorgada por Getúlio Vargas no afã de fortalecer o Poder Executivo em detrimento aos demais. O autor argumenta que o documento tinha “inegável caráter fascista”, já que previa o fechamento do Congresso Nacional (art. 178), a extinção dos partidos políticos e a concentração das funções legislativas nas mãos do Presidente, que legislava por meio de decretos-lei. (CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 479).

Castro, citado por Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco¹³¹, comentando aquela Constituição, assim afirmou:

É doutrina corrente que as questões de natureza política escapam à jurisdição do Poder Judiciário; mas, para que tal aconteça, torna-se mister que tais questões sejam exclusivamente políticas.

Uma questão, observa Ruy Barbosa, pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política, foram dos limites da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado.

Como questões exclusivamente políticas devem entender-se somente aquelas que se referem ao exercício dos poderes que a Constituição confia à inteira discricção do Legislativo e do Executivo. Assim, em se tratando de decretação de intervenção nos Estados ou de celebração de tratados internacionais, o Judiciário não pode entrar na apreciação dos motivos que determinam o ato legislativo ou executivo. Mas, se, em virtude desse ato, for violado um direito privado, assegurado pela Constituição, então, para a proteção de tal direito, será legítima a ação do Judiciário.

Ainda sobre a doutrina das questões políticas, a título de ilustração, é relevante rememorar um julgado do Supremo Tribunal Federal, o Recurso em Mandado de Segurança n° 2779/PR¹³², de 1955. Na oportunidade, a Corte foi chamada a decidir pedido do Presidente da Câmara Municipal de Curitiba, ocupante temporário do cargo de Prefeito, que intencionava manter-se no exercício das funções de Chefe do Poder Executivo local até que fosse

131 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 451.

132 MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO EXCLUI O SEU CABIMENTO O SÓ FATO DE TAMBÉM CABER A REPRESENTAÇÃO DO PROCURADOR GERAL DA REPUBLICA, PREVISTA NO ART. 8 PARAGRAFO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO. ESTA REPRESENTAÇÃO COMPETE PRIVATIVAMENTE AO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, QUE ASSIM, SERÁ LIVRE DE EXERCE-LA, OU NÃO. NÃO SERÁ POSSIVEL, POIS, SUPRIMIR AO TITULAR DO DIREITO, QUE SE DIZ VIOLADO, A FACULDADE DE PLEITEAR EM JUÍZO O SEU RECONHECIMENTO. A TESE DE QUE AS QUESTÕES POLITICAS ESCAPAM A APRECIAÇÃO JUDICIÁRIA TEM DE SER ACEITA EM TERMOS. JA NA VIGENCIA DAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES SE FIXARA O ENTENDIMENTO DE QUE O QUE SE EXCLUI DO CONHECIMENTO DO JUDICIARIO SÃO OS ESPETOS DE CONVENIENCIA E OPORTUNIDADE DO ATO, NÃO OS SEUS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS OU LEGAIS. A CONSTITUIÇÃO VIGENTE REFORCOU ESSA DOUTRINA, AO DISPOR QUE A LEI NÃO PODERA EXCLUIR DA APRECIAÇÃO DO PODER JUDICIARIO QUALQUER LESÃO DE DIREITO INDIVIDUAL (ART. 141 PARAGRAFO 4.) (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS 2779/PR, Primeira Turma, Red. p/ acórdão Min. AFRÂNIO COSTA (convocado), j. 31/08/1955, DJ 05/04/1956, p. 3564).

empossado novo Prefeito, a ser eleito. O Tribunal *a quo* não havia admitido o processamento do *writ* por alguns fundamentos, dentre os quais a existência de demanda de cunho essencialmente político. O recorrente, então, pretendida que o Supremo Tribunal Federal afastasse o óbice formal imposto pela instância inferior, determinando que a Corte estadual procedesse ao julgamento do mérito da demanda.

No que interessa para este trabalho, vale ressaltar um trecho do voto do Ministro Luiz Galloti¹³³:

A tese de que as questões políticas escapam à apreciação judiciária tem de ser aceita em termos. Na vigência das Constituições anteriores, ela era formulada em termos mais amplos, se bem que, já então Pedro Lessa, Ruy Barbosa, Casiro Nunes tivessem fixado o entendimento de que o que se exclui do Judiciário são os aspectos de conveniência e oportunidade do ato, não seus pressupostos constitucionais ou legais.

O quadro atual, no entanto, é de intensa judicialização de questões políticas, o que demonstra que há muito já foi superada a doutrina adotada pela Constituição Federal de 1934.

Alguns autores refletem sobre fatores ou condições que explicam o expressivo incremento da influência judicial na política. Ernani Rodrigues de Carvalho¹³⁴, por exemplo, cita as seguintes condições para o surgimento e consolidação da judicialização da política: um sistema político democrático; a separação dos poderes; o exercício de direitos políticos; o uso de tribunais por grupos de interesse; o uso de tribunais pela oposição; e a inefetividade das instituições majoritárias.

Marcus Faro de Castro¹³⁵, por seu turno, aponta as seguintes variáveis: a

133Cf. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=103938> em 22 de setembro de 2012.

134 *Apud* VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 33.

135 *Ibidem*.

constitucionalização do Direito após a Segunda Guerra Mundial; o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos; o exemplo institucional da Suprema Corte do Estados Unidos; e a tradição europeia (kelseniana) de controle concentrado de constitucionalidade de leis como fatores importantes para se explicar o fenômeno da judicialização.

No Brasil, a premissa necessária para o entendimento da judicialização das políticas públicas é a compreensão de que a Constituição Federal de 1988 adotou o modelo clássico de tripartição de funções do Estado, divididas em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário¹³⁶.

O princípio da separação dos poderes, embora concebido na antiguidade por Aristóteles, teve sua formulação teórica com Locke e Montesquieu¹³⁷. A ideia que motivou o desenvolvimento dogmático deste princípio se baseia na contenção do poder absoluto dos monarcas, abrindo espaço para o liberalismo emergente¹³⁸. Conforme citado por Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁹, nas palavras de Montesquieu, é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder.

A concepção da separação dos poderes tornou-se definitivamente um dogma universal com a Revolução Francesa. De fato, segundo o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 “*Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada*

136 BRASIL. Constituição Federal. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

137 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional (teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo)*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 542.

138Ibidem.

139MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 31.

*a separação dos poderes, não tem constituição*¹⁴⁰.

Não se olvida que, do ponto de vista terminológico, há quem diga que o poder estatal é uno e indivisível. Apenas o exercício deste poder uno é que se divide em três funções estanques: legislar, que é editar o direito positivo; administrar, que é aplicar a lei de ofício; julgar, que é aplicar a lei contenciosamente¹⁴¹.

Em linhas gerais, segundo estudo de Luiz Nunes Pegoraro¹⁴², o poder estatal pode ser limitado por três formas. Uma é a divisão territorial do poder, que inspira descentralizações e não raro o próprio federalismo. Outra consiste em circunscrever o campo de ação do Estado, reconhecendo-se em favor do indivíduo uma esfera autônoma, onde a liberdade não pode sofrer interferência estatal, como ocorre nas declarações de direitos do homem. Finalmente, a terceira forma de limitação do poder consiste em dividi-lo funcionalmente, através da clássica tripartição dos Poderes, que é o adotado pela Constituição Federal.

A relação entre os Poderes é balanceada por um sistema de freios e contrapesos, com escopo de evitar, ao menos formalmente, a preponderância de um Poder sobre os demais. A ideia fundamental contida na sistemática da separação de poderes, tal como já apontado, é a contenção de poder, o que é possibilitado por vários mecanismos de interferências recíprocas¹⁴³, que não maculam os traços básicos da tripartição – a especialização funcional e a independência orgânica de cada um dos Poderes – já que têm previsão havida do poder constituinte originário.

140CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 874.

141NERY Júnior, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 119.

142PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. Campinas: Servanda, 2010, p. 103/104.

143CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 875.

Na conformação deste sistema, as funções executiva e legislativa haurem sua legitimidade da vontade popular, tendo em conta que o Presidente da República¹⁴⁴ e os membros do Congresso Nacional¹⁴⁵ são eleitos de forma direta. Portanto, não há maiores discussões acerca da legitimidade democrática destes Poderes na determinação de políticas públicas. Na verdade, observando-se o mandato popular conferido a seus membros, a ideia é exatamente que tais Poderes sejam as instâncias de formação das políticas públicas.

Por outro lado, o recrutamento dos membros do Poder Judiciário se dá por meio do concurso público¹⁴⁶, ou seja, não há votação popular para a escolha de juízes, diferentemente do que ocorre com as autoridades do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Assim, intuitivamente a questão que se coloca é saber se é democrático um grupo de juízes, que não busca sua legitimação no voto popular, tomar decisões morais fundamentais em nome de toda a sociedade¹⁴⁷.

Ruth de Barros Pettersen da Costa¹⁴⁸ faz uma interessante compilação dos argumentos que criticam a suposta legitimação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Segundo pesquisa da insigne autora, os fundamentos que sustentam a crítica à suposta legitimidade do Poder Judiciário são os seguintes: a) na democracia, o princípio majoritário deve sempre prevalecer e, por isso, as decisões políticas mais importantes devem ser tomadas pelo próprio

144O Presidente da República é eleito diretamente por voto popular, após obter maioria absoluta dos votos, no primeiro ou segundo turno das eleições, conforme o art. 76, § 2º da Constituição Federal.

145Os membros do Congresso Nacional, Deputados Federais e Senadores, também são eleitos diretamente. Os Deputados Federais são representantes do povo e se elegem pelo sistema proporcional (art. 45, *caput*, Constituição Federal). Os Senadores são representantes dos Estados e se elegem pelo sistema majoritário (art. 46, *caput*, Constituição Federal).

146Segundo o art. 93, I da Constituição Federal, o ingresso na carreira da magistratura se dá por meio de concurso público de provas e títulos, no cargo de juiz substituto. Há exceções a esta regra constitucional, como a investidura no cargo de magistrado por meio do quinto constitucional.

147CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 147.

148COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A efetividade do mínimo existencial, à luz da Constituição Federal de 1988*. Goiânia: PUC Goiás, 2011, p. 89.

povo ou por seus representantes eleitos e não por “tecnocratas¹⁴⁹ de toga”; b) diante da vagueza e imprecisão das normas constitucionais, inclusive às referentes aos direitos fundamentais, o processo interpretativo envolve criação do direito, fator que acaba conferindo aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, em detrimento das escolhas e preferências políticas adotadas pelo legislador eleito; c) o Poder Judiciário pode bloquear importantes mudanças promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, mantendo o *status quo*.

Por outro lado, a autora também levanta os argumentos utilizados pela doutrina que defende a legitimidade da judicialização de políticas públicas. Parte-se essencialmente da ideia de que a constitucionalização das políticas públicas exige uma postura ativa da Administração em busca de um ideal finalisticamente orientado à maximização do respeito à dignidade da pessoa humana¹⁵⁰. Assim, se o escopo é a concretização da dignidade da pessoa humana, certamente o Poder Judiciário pode intervir, já que esta é uma questão jurídica, albergada constitucionalmente como valor fonte.

Em suas conclusões, Ruth de Barros Pettersen da Costa¹⁵¹ assevera o seguinte:

Dessa forma, quando as atuações omissivas ou comissivas da Administração Pública concernentes às políticas públicas violam os direitos fundamentais dos cidadãos, torna-se legítimo o controle pelo Judiciário dessa atuação insuficiente ou excessiva, não havendo que se falar em afronta ao poder discricionário ou aos princípios democrático e da separação dos poderes.

Impende, outrossim, pontuar que a tutela jurisdicional é mais premente quando se cuida do mínimo existencial – cuja essencialidade do direito invocado, caso não atendido, pode provocar um dano grave ao indivíduo -, salvo impossibilidade absoluta do Estado cabalmente demonstrada.

149Tecnocracia é o sistema de organização política e social em que predominam os técnicos, em detrimento aos políticos. Tecnocrata é, pois, o adepto da tecnocracia.

150COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A efetividade do mínimo existencial, à luz da Constituição Federal de 1988*. Goiânia: PUC Goiás, 2011, p. 191.

151Ibidem.

No mesmo sentido, também, a constatação de Marcelo Figueiredo¹⁵²:

O fenômeno da justiciabilidade das políticas públicas se manifesta de várias maneiras, quer no controle de constitucionalidade, quer na defesa de ações de finalidade coletiva (...) Ao conceder esta ampla tutela, o Poder Judiciário não deve “invadir” a área de atuação do Poder Executivo, mas sim pode e deve corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos ou desvios de poder, decisões desproporcionais ou desarrazoadas, como também corrigir ou promover ações afirmativas, compatibilizando as políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais.

De fato, há de se ressaltar que a violação de direitos fundamentais, por falta ou insuficiência de políticas públicas, configura-se como conflito jurídico¹⁵³ e não político. E isto porque o aparente conflito entre a vontade da maioria, representada pela atuação ou omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na formulação de políticas públicas, e os direitos fundamentais é uma questão que se resolve essencialmente com a prevalência da supremacia constitucional.

De fato, a ideia da supremacia constitucional advém da constatação de que a constituição é soberana dentro do ordenamento, o que explica porque todas as demais normas a ela devem adequar-se¹⁵⁴.

Observe-se ainda que a conformação dos Poderes Executivo e Legislativo, inclusive a forma de ocupação dos seus cargos mais relevantes, é matéria essencialmente afeta à Constituição. Da mesma forma, o Estado tem a precípua função de garantir e realizar os direitos fundamentais. Aliás, segundo a Constituição Federal, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, o que torna irrefutável o argumento de que todos os poderes estatais estão vinculados a esta perspectiva.

Além disso, o ambiente democrático é essencialmente plural. A construção

152FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral*. Revista Interesse Público. Ano 9, n. 44, jul./ago. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 65.

153COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A efetividade do mínimo existencial, à luz da Constituição Federal de 1988*. Goiânia: PUC Goiás, 2011, p. 190.

154BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54.

da vontade da maioria passa pela definição e reconhecimento de legitimidades, mas não se olvida que a democracia abrange um complexo destas legitimidades, não se restringindo àquela que deriva do sufrágio eleitoral¹⁵⁵. De fato, a Constituição Federal, quando fala em pluralismo político¹⁵⁶, quer deixar claro que as decisões essenciais da coletividade são tomadas em instâncias variadas.

Por este motivo, é possível apontar que o Poder Judiciário, quando ordena a implementação de políticas públicas, não o faz essencialmente tomando decisões morais ou políticas. É que, no plano constitucional, o Poder Judiciário tem a precípua função de guardar a Constituição. Esta tarefa está afeta principalmente ao Supremo Tribunal Federal, mas qualquer juiz também detém parcela da jurisdição constitucional, uma vez que pode – e deve – exercer o controle difuso de constitucionalidade.

Portanto, qualquer decisão judicial só é legítima se, em última análise, retirar sua força da própria Constituição. Por tal motivo, a rigor, não há sequer se falar em violação à separação dos Poderes, já que a concretização da Constituição Federal é, em síntese, a razão última de sua existência. Observe-se a lição de Mendes, Coelho e Branco¹⁵⁷:

Noutras palavras, impõe-se reinterpretar esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado constitucional, que sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela atuação política do Poder Judiciário, sobretudo das modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais.

155CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 151.

156BRASIL. Constituição Federal. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) V - o pluralismo político.”

157MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.

Certamente, intervenção judicial na seara formal das atribuições de outros Poderes representa situação de ténue desequilíbrio da configuração constitucional. De tal sorte, esta intervenção se justifica em situações pontuais, com mínimos danos ao sistema de independência e harmonia dos Poderes. Eis a constatação de Rogério Gesta Leal¹⁵⁸, nesta mesma linha:

Insisto, é somente quando a soberania popular encontra-se ameaçada em sua autodeterminação pela ausência das condições subjetivas e objetivas mínimas de exercer sua condição política e social de cogestora e legisladora dos seus próprios interesses enquanto comunidade que se pode admitir a interferência do Poder Judiciário, no sentido de assegurar aquelas condições de possibilidade, devendo exercer, para tanto, juízos adequados de valoração sobre a incisividade e extensão da intervenção, a ponto de restaurar o mínimo social (que é sempre contingencial – temporal e espacialmente), não deixando de levar em conta, com a mesma propriedade, o cuidado para provocar as menores lesões possíveis às instituições democráticas e seus procedimentos legitimadores – o que implica, por vezes, procurar formas de intervenções alternativas à preservação deste equilíbrio (sempre tenso em tais cenários).

Reforçando estes argumentos, é importante salientar que a premissa é que existem direitos sociais mínimos, sendo até mesmo possível falar-se em uma preponderância de alguns destes direitos sobre outros¹⁵⁹. Logo, a eventual omissão das instâncias políticas em provê-los leva à conclusão de que a Constituição Federal está sendo violada. E esta é a fonte de legitimação de todos os outros poderes, razão pela qual haveria indevida inversão se estes prevalecessem sobre aquela.

Por estes motivos, não se reconhece indenidade aos atos ou decisões

158LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

159Regis Fernandes de Oliveira argumenta que o valor maior encampado pelo constituinte originário foi o ensino, uma vez que a primeira decisão sobre o montante que deveria pairar sobre os demais está no art. 212 da Constituição, que estabeleceu o dever da União de aplicar nunca menos de 18 % (dezoito por cento) e os Estados e Municípios, pelo menos 25 % (vinte e cinco por cento) da “receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 287.)

políticas se eles afetam ou ameaçam direitos individuais¹⁶⁰, ainda que seja tarefa difícil, as vezes, delimitar os limites que separam uma questão política de outra de natureza jurídica ou não política, mesmo que tais fatos não sirvam de subterfúgio para que o Poder Judiciário se abstenha do cumprimento de seu dever constitucional na defesa de direitos fundamentais¹⁶¹.

Por outro, na efetivação de direitos sociais pela via judicial, não se pode ignorar que uma sentença pode causar inúmeros reflexos na conjuntura socioeconômica do país. Por exemplo, se o Poder Judiciário reconhecer que um cidadão tem direito ao acesso a um medicamento de altíssimo custo mensal, às expensas do Município, isto pode significar um importante desfalque orçamentário que repercutirá nas demais prestações de saúde mantidas pelo ente federado. O ponto fulcral da judicialização da política passa pela resolução desta questão ou, pelo menos, na determinação de alguns critérios orientativos para os agentes responsáveis por tais decisões – os membros do Poder Judiciário.

Enfim, é possível uma conclusão a respeito da judicialização da política, no Direito brasileiro: a) é cabível o controle de juridicidade dos atos políticos pelo Poder Judiciário; b) o controle judicial deve aferir se o ato de governo atendeu as normas constitucionais que o regem; c) o Poder Judiciário não pode invadir o cerne da discricionariedade política reservado ao Governo competente para exercer aquela atividade¹⁶². Assim sendo, obtém-se a supremacia constitucional, o respeito às atribuições políticas do Governo e da função jurisdicional do Poder Judiciário, de modo a equilibrar e harmonizar as diversas funções estatais distribuídas entre os Poderes¹⁶³.

160 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 450.

161 *Ibidem*, p. 452.

162 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo (parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração)*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 600.

163 *Ibidem*.

1.6 Imprecisão das normas constitucionais

Um das primeiras barreiras levantadas contra a efetiva implementação de direitos sociais é a suposta imprecisão das normas constitucionais, que por sua exagerada vagueza semântica, seriam inábeis para viabilizar pretensões jurídicas concretas. Assim, segundo esta ordem de ideias, apenas a legislação infraconstitucional, disciplinando as cláusulas abertas do texto constitucional, é que poderiam de fato viabilizar a concretização dos direitos sociais¹⁶⁴¹⁶⁵.

Além destas considerações, outro obstáculo frequentemente imposto à eficácia dos direitos sociais é a sua natureza programática¹⁶⁶.

As duas barreiras levantadas à implementação dos direitos sociais estão relacionadas e podem ser discutidas em um único tópico, como se verá.

O ponto de partida para o entendimento da questão é a tradicional classificação das normas constitucionais, trazida por José Afonso da Silva¹⁶⁷.

164Neste sentido é a pesquisa doutrinária realizada por Ruth de Barros Pettersen da Costa : “Ao estabelecer a diferença de estrutura entre direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais sociais, Bockenforde *apud* Leivas (2002, p. 92) assevera, em relação a esses últimos, que 'a pretensão constitucional neles contida é tão geral que não podem produzir pretensões jurídicas concretas pela via da interpretação'. O significado das palavras do autor é que os direitos fundamentais sociais somente podem ser aplicados após a mediação regulamentadora por parte do legislador infraconstitucional” (COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A efetividade do mínimo existencial, à luz da Constituição Federal de 1988*. Goiânia: PUC Goiás, 2011, p. 182).

165Segundo Karine Cordeiro da Silva, a técnica de positivação de cada direito fundamental é decisiva para a eficácia jurídica; o grau de eficácia do direito será tanto maior quanto mais alta for densidade do enunciado normativo que o consagra. No caso dos direitos sociais prestacionais, muitas vezes os enunciados costumam ter baixa densidade normativa, sujeitam-se à realização gradual e diferida no tempo e reclamam, muitas vezes, a mediação conformadora do legislador para que atinjam a plenitude eficaz. Além disso, o texto das normas é habitualmente vago e aberto, e o seu conteúdo semântico é indeterminado, debilidades que são agravadas pelo incipiente desenvolvimento dogmático (CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 53).

166Conforme se verá em tópico posterior deste trabalho, a natureza programática das normas de direitos sociais é um argumento recorrente sustentado pela Fazenda Pública nas ações judiciais que demandam prestações materiais relacionadas ao direito à saúde.

167CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 310-311.

Segundo o renomado autor, sob a ótica da eficácia e aplicabilidade, as normas constitucionais podem ser assim classificadas: a) normas constitucionais de eficácia plena: são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o constituinte, direta e normativamente, quis regular; b) normas constitucionais de eficácia contida: são aquelas em que o constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados; c) normas constitucionais de eficácia limitada: estas comportam uma subdivisão. São as *normas constitucionais de princípio institutivo*, que compreendem aquelas através das quais o constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuição de órgãos, entidades e institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei. Além disso, há as *normas constitucionais de princípio programático*, que são aquelas normas que, em vez de regular, direta ou indiretamente, determinados interesses, limitam-se a traçar os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, judiciais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos finais sociais do Estado. É interessante que o autor indica, como norma programática, o art. 196 da Constituição Federal, que trata do direito à saúde.

Na concepção delineada por José Afonso da Silva, portanto, normas programáticas configurariam a ideia do regime político vigente e inspirariam a respectiva ordenação jurídica, sem, entretanto, impor ao legislador a tarefa de atuar concretamente ante situações predefinidas, já que só estabelecem finalidades¹⁶⁸. A obrigação existente ao Poder Público seria o dever de otimizar programas e políticas pertinentes à satisfação dos fins previstos nela indicados¹⁶⁹.

Destarte, de acordo com tal classificação, a aplicabilidade das normas

168BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 291.

169Ibidem.

programáticas dependeria de normatividade futura, com base em atuação integrativa futura do legislador, sem a qual carecem da devida executividade. Em suma, representariam diretrizes para a atuação estatal, uma vez que sua eficácia é limitada.

Em razão de todas estas características, a norma constitucional programática é frequentemente acompanhada de conceitos indeterminados¹⁷⁰. Assim, por exemplo, é o art. 3º, I da Constituição Federal, que impõe como objetivo fundamental da República “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”, típica ilustração deste tipo de norma constitucional¹⁷¹.

Logo, pode-se assentar que um dos obstáculos oponíveis à concretização dos direitos sociais, sob essa ótica, seria a imprecisão das normas constitucionais, seja por sua textura excessivamente aberta, seja por sua natureza programática ou, ainda, pelo simples fato de que normas programáticas têm a linguagem semântica mais vaga e imprecisa, por veicularem meras aspirações estatais rumo ao bem comum.

Conforme já ressaltado no primeiro tópico deste trabalho, a discussão não é exclusiva da dogmática constitucional, perpassando à esfera internacional e influenciando diretamente na confecção de dois pactos de direitos – um de direitos civis e políticos, autoaplicáveis e passíveis de cobrança imediata e outro de direitos sociais, econômicos e culturais, “programáticos” e, por isso, de realização progressiva¹⁷².

Desde logo, a título de premissa, cabe apontar que esta concepção encontra-se atualmente superada no Direito contemporâneo. Com efeito, a Constituição não só confere ordem e unidade ao ordenamento jurídico, mas ela

170 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

171 *Ibidem*.

172 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 219.

mesma é um sistema normativo ¹⁷³. Isso significa dizer que as normas constitucionais estão conectadas entre si conforme padrões próprios de unidade e coerência interna, que consideram a especial essência política de seu conteúdo, sem embargo da vocação de disciplinar situações concretas da vida social do país.

Como complemento, há de se ressaltar que a Constituição é um sistema normativo aberto, o que significa pelo menos duas coisas: a) dinamismo das normas constitucionais, que admite alterações tanto dos valores que lhe servem de fundamento quanto do conjunto de normas que dele fazem parte; b) a formulação dos preceitos constitucionais costuma utilizar linguagem de textura aberta¹⁷⁴.

De fato, se a Constituição é um instrumento dinâmico, de interação com a realidade política e social de onde ela provém, é mais do que natural que as normas que a compõem devem estar abertas aos acontecimentos sociais para acompanhar sua evolução e adaptar-se às transformações sociais¹⁷⁵.

Esta percepção de que a Constituição como um sistema normativo aberto não se coaduna com os rígidos padrões formalistas do positivismo jurídico, calcado na exclusiva normatividade das regras jurídicas e no raciocínio de que os princípios eram destituídos de eficácia. Enquanto prevaleceu, o positivismo sempre pregou que os princípios significariam meras linhas diretoras de conduta, orientando a interpretação do ordenamento jurídico, sem contudo apresentar qualquer força coercitiva. Assim, um princípio seria uma fonte normativa subsidiária, com objetivo de impedir um vazio normativo, mantida sua condição de mera pauta programática, carente de normatividade direta¹⁷⁶.

173BERNARDES, Juliano Taveira e FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional (teoria da constituição e controle de constitucionalidade)*. Salvador: JusPodivm, 2011, p.173.

174Ibidem.

175CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 137.

176CARVALHO, Raquel Melo Urbano de de. *Curso de direito administrativo (parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração)*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 26.

Apenas para adequar a discussão, cumpre destacar que as regras são normas de formulação mais precisa, aplicadas mediante uma operação de subsunção do intérprete: verifica-se o fato e seu enquadramento jurídico para, então, atribuir o efeito previamente definido. Os princípios, por seu turno, não têm pressupostos fáticos específicos, uma vez que são formulados mediante linguagem mais aberta, permitindo sua aplicação por um processo de concretização.

Em outras palavras, pode-se dizer que as regras são normas imediatamente descritivas, estabelecendo obrigações, permissões ou proibições mediante a descrição da conduta desejável. Seu conteúdo está indicando uma ação. Os princípios se colocam como normas finalísticas, apontando um estado ideal de coisas.

A divisão conceitual de regras e princípios como espécies de norma, conforme já ressaltado, não encontra ressonância na doutrina positivista, que entende que os princípios podem provocar profunda imprevisibilidade em relação às decisões judiciais, acarretando indesejada incerteza quanto ao significado do Direito.

Atualmente prevalece a teoria contrária, segundo a qual tanto as regras quanto os princípios são normas constitucionais. É que a desejada abertura das normas constitucionais à realidade política e social do país se coaduna com a linguagem menos densa e mais propensa à concretização própria dos princípios. Portanto, não há que se falar em ausência de força jurídica para disciplinar casos concretos, ainda que explicitadas em termos mais abertos, tendo em vista a impossibilidade lógica de se pensar em uma norma jurídica sem valor jurídico.

Aliás, algo neste sentido seria uma contradição em seus próprios termos. Com efeito, o caráter genérico inerente às suas prescrições não exclui a

possibilidade de condicionarem determinados comportamentos após determinada atividade interpretativa do sujeito a eles submetido¹⁷⁷. Também não se deve confundir generalidade e vagueza, presentes por consistirem os princípios enunciados abertos aptos a abrangerem diretrizes múltiplas do ordenamento, com imprecisão final da norma¹⁷⁸. A imprecisão que se pode identificar é a que decorre naturalmente da linguagem utilizada em sua formulação, o que não impede uma definição conceitual superveniente, quando da sua incidência na realidade concreta¹⁷⁹.

O constituinte edificou o texto da Constituição Federal com uso de cláusulas abertas, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento constitucional, de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de universos metajurídicos, viabilizando a sistematização do intérprete da norma¹⁸⁰. Assim, conceitos como “ordem pública”, “grave crise institucional”, “interesse relevante”, “urgência”, apenas para ficar em alguns exemplos mais elucidativos, permitem ao intérprete utilizá-los em situações que não estavam necessariamente preestabelecidas pelo constituinte. Esta conformação permite a dinamicidade da norma constitucional e pode ser entendida, também, no que se refere aos direitos de natureza social.

Portanto, na atualidade, um traço típico das normas constitucionais modernas é a abertura à mediação do legislador, apresentando uma regulamentação deliberadamente lacunosa, a fim de ensejar liberdade para a composição de forças políticas no momento de sua concretização¹⁸¹.

177CARVALHO, Raquel Melo Urbano de de. *Curso de direito administrativo (parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração)*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 37.

178Ibidem.

179Ibidem.

180TARTUCE, Flávio. *Direito civil (lei de introdução e parte geral)*. V. 1. São Paulo: Método, 2007, p. 98.

181MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 78.

Esta configuração permite a adequação das normas às novas demandas eventualmente surgidas, interagindo com a realidade sociopolítica e evoluindo junto com as transformações sociais. A maior abertura da norma tende a ser uma opção do constituinte para atender a um juízo sobre a conveniência de se confiar a concretização da norma à composição posterior de forças políticas relevantes.

Por outro lado, saliente-se que a legitimidade da escolha do constituinte por um sistema de regras e princípios tem sua razão de ser. Um texto exclusivamente calcado em regras prestigiaria demasiadamente a segurança jurídica, mas seria de limitada praticidade, por exigir uma disciplina minuciosa e plena de todas as situações relevantes, sem deixar espaço para o desenvolvimento da ordem social. O sistema constitucional não seria aberto. Entretanto, um sistema que congregasse apenas princípios seria inaceitavelmente ameaçador à segurança das relações¹⁸².

É certo, portanto, que este raciocínio representa a superação da linha defendida pelo positivismo clássico, para quem é impossível para o juiz aplicar uma norma que não se revele mediante o seu próprio texto e que, ao contrário, exija do intérprete margem de subjetividade para a definição do seu significado¹⁸³. Por isso é que hoje, ao menos na realidade jurídica brasileira, não há dúvidas sobre a normatividade dos princípios constitucionais¹⁸⁴.

No que se refere especificamente aos direitos sociais, a textura aberta das

182Ibidem, p. 87.

183MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 51.

184Cumprir destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota, sem margem de dúvidas, o caráter normativo dos princípios constitucionais. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951, a Corte deixou assentado que a vedação ao nepotismo na Administração Pública não exige edição de lei formal, já que decorre dos princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Lei Maior. O entendimento deu azo à edição da Súmula Vinculante nº 13. (STF, RE 579.951/RN, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/08/2008, DJe 23/10/2008).

normas constitucionais tem o mérito de permitir uma conceituação material de direitos fundamentais, permitindo um catálogo aberto de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, especificamente quanto à Constituição Federal de 1988, um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana¹⁸⁵ e, ainda, o rol aberto de direitos e garantias fundamentais¹⁸⁶, o que são importantes pontos de partida para qualquer interpretação que se faça de seu texto.

Com efeito, deixar a exequibilidade dos direitos sociais sob exclusiva responsabilidade do legislador infraconstitucional significaria tornar a Constituição uma mera declaração de princípios, com desarrazoado privilégio da lei ordinária sobre o texto constitucional, algo que não se coaduna com o princípio da supremacia constitucional. Eis a lição de Dirley da Cunha Júnior¹⁸⁷:

A imperatividade é da essência das normas jurídicas e, em especial, das normas constitucionais, sem a qual não há falar em normas jurídicas. É seu atributo fundamental. Ela implica num dever de obediência, cuja obrigatoriedade é constringida pela ameaça de sanção, pois é exatamente a presença de sanção, prevista na própria norma ou resultante do sistema normativo, que garante a eficácia de uma norma jurídica, ensejando sua aplicação coativa quando não é espontaneamente observada. Em se tratando de normas constitucionais, a desobediência implica, entre outras, na sanção jurídico-constitucional da nulidade absoluta do “ato infrator”, ou da “inércia transgressora”. A capacidade que tem a Constituição de nulificar qualquer entidade normativa, dela retirando a validade necessária para existir, descortina a imperatividade suprema da qual é portadora.

Desta forma, resta claro que a textura aberta do sistema normativo constitucional e a natureza programática de algumas de suas normas não

185BRASIL. Constituição Federal. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

186O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que existem direitos fundamentais fora do catálogo do Título II da Constituição Federal. No julgamento da ADI 939, a Corte asseverou que o princípio da anterioridade tributária é verdadeira garantia fundamental, razão pela qual se qualifica como cláusula pétrea, insuscetível de se sujeitar à eventual ação corrosiva do legislador constituinte secundário.

187CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 140.

representa qualquer obstáculo à concretização dos direitos nela previstos, em especial quanto aos direitos sociais. Pelo contrário, é a própria vagueza dos termos constitucionais que permite ao intérprete a tarefa de identificar, no caso concreto, as necessidades de efetivação de direitos fundamentais, incluídos, entre eles, os direitos sociais. Trata-se, portanto, de instrumento viabilizador de um sadio diálogo com a realidade social do país.

1.7 Reserva do possível e mínimo existencial

De acordo com Rogério Gesta Leal¹⁸⁸, citando Peter Haberle, já na primeira metade da década de 1970, se formulava a ideia de reserva das caixas financeiras para o atendimento dos direitos sociais prestacionais, para exatamente evidenciar o fato de que estes direitos estão também vinculados às reservas financeiras do Estado, na medida em que devessem ser custeados pelo erário.

A denominação “reserva do possível”¹⁸⁹ aparece a partir da locução alemã *Vorbehalt des Möglichen*, no bojo do julgado BverfGE 33, 303, do Tribunal Constitucional Alemão, em 18 de julho de 1972¹⁹⁰.

Na ocasião, foram apreciados dois controles concretos de constitucionalidade, apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburgo e

188LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 83.

189Não se deve confundir o termo “reserva do possível” ou “reserva do financeiramente possível”, ambos sinônimos, com o termo “pensamento do possível”. Com efeito, esta última terminologia foi utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes, no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 1.289/DF. Segundo o magistrado, o pensamento do possível se baseia na ideia de que a materialização das promessas constitucionais somente deva ocorrer na proporção faticamente possível. Assim, invoca as lições de Gustavo Zagrebelsky: “As sociedades pluralistas atuais (...) isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma” (VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 80)

190MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 52.

da Baviera, ambos relacionados às regulamentações editadas pelas universidades locais, nos anos de 1969 e 1970, para a admissão de estudantes no curso de medicina¹⁹¹. Examinava-se a pretensa constitucionalidade da limitação absoluta imposta pelas normas editadas pelas universidades que, sob o argumento da insuficiente capacidade de ensino, restringiram a admissão de estudantes no curso de medicina, como condição necessária para a sua manutenção¹⁹².

Segundo a Corte alemã, o direito à admissão em cursos universitários decorre dos direitos fundamentais à livre escolha do local de ensino e da profissão, bem como dos princípios da igualdade e do Estado Social, que regem o ordenamento constitucional alemão. A tutela destes direitos fundamentais não se esgota na função de proteção tradicionalmente atribuída aos direitos de liberdade, mas exige uma atuação positiva por parte do Estado¹⁹³.

Por outro lado, o Tribunal Alemão ponderou que, na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade¹⁹⁴. Em suma, a imposição absoluta para o ingresso de estudantes nas universidades alemãs somente seria constitucional se for prescrito nos limites do estritamente necessário, sob a utilização exaustiva das capacidades criadas com recursos públicos já existentes de formação e quando a escolha e a distribuição ocorrem segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato em si qualificado ao ensino superior e com maior atendimento possível à escolha individual do local de formação¹⁹⁵.

No Brasil, a teoria da reserva do possível, também chamada de reserva do

191 Ibidem, p. 52/53.

192 Ibidem, p. 53.

193 Ibidem.

194 Ibidem, p. 54.

195 Ibidem, p. 55.

financeiramente possível, está atrelada basicamente à efetividade dos direitos sociais prestacionais em contraponto à escassez de recursos públicos para materializá-los. De fato, não se pode ignorar que a implementação de direitos sociais demandam grandes investimentos do Poder Público.

A construção e manutenção de hospitais e escolas e a execução de políticas públicas sanitárias e educacionais, apenas para ficar nos exemplos mais conhecidos, exigem vultosos dispêndios de recursos financeiros governamentais. Ainda assim, é notória que as maiores necessidades da população nestes temas está longe de ser satisfatoriamente atendida. Quando esta equação – implementação de direitos sociais x disponibilidade de recursos públicos – chega à apreciação do Poder Judiciário, está aberto o espaço de discussão da cláusula da reserva do possível.

Trata-se de uma velha discussão em uma nova roupagem, agora bem mais delimitada em razão do célebre julgado da Corte Constitucional Alemã. Direitos sociais sempre tiveram e ainda têm um alto custo. Por outro lado, na conformação do Estado Democrático de Direito, são as instâncias políticas – legitimadas pela escolha popular – que definem a alocação das verbas públicas, segundo decisões teoricamente insindicáveis, em razão do princípio da separação dos poderes. Assim, o Poder Legislativo define a necessidade de uma política pública e separa uma parte dos recursos públicos para sua execução. Ao Poder Executivo cabe administrar tais recursos, a fim de implementar a política pública existente. Como se vê, aqui os Poderes Legislativo e Executivo apenas exercem suas funções típicas.

Se a questão for judicializada, ou seja, se a concretização de um direito social for exigida em face do Estado, por meio do Poder Judiciário, então o custo desta demanda certamente será colocado à discussão.

Neste ponto, cumpre salientar que o conceito de reserva do possível

adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão não deixa de conferir relevância à escassez de recursos, mas trata o tema de forma diferente de parte da doutrina brasileira¹⁹⁶. De fato, segundo a jurisprudência alemã, a demanda por prestações do Estado não se aparta do conceito de razoabilidade da pretensão em face à necessidade de concretização do direito. Já na doutrina nacional, em grande parte, vige a ideia de que alguns direitos sociais devem ser efetivados pelo Estado sem que a barreira da carência de recursos públicos possa ser validamente invocada.

Com efeito, adotando esta concepção, observe-se os termos defendidos por Flávio Galdino¹⁹⁷:

Embora os custos não sejam o único referencial ou critério para as decisões políticas e judiciais, fato é que eles não podem ser desconsiderados da discussão acerca dos direitos fundamentais, nem servir de fundamento para a tutela integral dos direitos individuais e meramente parcial dos direitos sociais, como se vem fazendo, de forma muitas vezes inaceitável.

(...) O que usualmente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não gastar dinheiro com aquele mesmo 'direito'.

Assim segue a uma parte da doutrina nacional, para quem a reserva do possível consiste basicamente na ausência ou insuficiência de recursos para a implementação de direitos, sem maiores indagações quanto à proporcionalidade da pretensão deduzida em juízo. É nesta linha que boa parte da doutrina brasileira se distancia dos fundamentos aludidos na decisão do julgado BverfGE 33, 303, do Tribunal Constitucional Alemão, na qual se indicou que o conceito de reserva do possível está ligado àquilo que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.

Por outro lado, também há quem sustente a imperiosa necessidade de se

196 MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 85.

197 *Apud* COSTA, Ruth Barros Pettersen da. *A efetividade do mínimo existencial, à luz da Constituição Federal de 1988*. Goiânia: PUC Goiás, 2011, p. 186.

verificar a razoabilidade da pretensão de materialização do direito social diante do argumento da reserva do possível. Observe-se, por exemplo, a lição de Regis Fernandes de Oliveira¹⁹⁸:

Há, pois, que se fazer consideração a propósito da necessidade de que os direitos fundamentais sejam garantidos e não negligenciados pelo órgão governamental. Não pode haver substituição da vontade política pela vontade jurídica do juiz. No entanto, diante de realidades palpáveis e à vista do descumprimento de preceito fundamental por parte do órgão incumbido da implementação de políticas públicas, cabe intervenção do Judiciário. Não deve ser sempre e em qualquer situação. Há que se examinar a situação específica, para se aquilatar os descumprimento de dever fundamental.

De outro turno, há o possível que pode ser feito pelo Poder Público. O importante é encontrar o pêndulo do razoável.

Cabe salientar que a reserva do possível, ligada à razoabilidade da pretensão, não é um algo absolutamente novo na jurisprudência brasileira. Já em 1954¹⁹⁹, o Supremo Tribunal Federal julgou um caso no qual adotou a tese da reserva do possível, sustentada pela Fazenda Pública, sem se descurar da aferição de proporcionalidade. Na ocasião, discutiu-se um pedido de intervenção federal feito por um cidadão em face do Estado de Minas Gerais, em razão do não pagamento integral de precatório originado de uma ação de desapropriação.

Naquele precedente, o Estado de Minas Gerais sustentou a tese de *“transitória exaustão do Tesouro estadual, obrigado, ultimamente, ao custeio de obras de vulto, tendentes a criar fontes de receita, para regularizar as finanças do Estado, com recursos que não de vir”*²⁰⁰.

198OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 453.

199PEDIDO DE INTERVENÇÃO FEDERAL; SEU INDEFERIMENTO. ART. 7. V, DA CONSTITUIÇÃO. PARA JUSTIFICAR A INTERVENÇÃO, NÃO BASTA A DEMORA DE PAGAMENTO, NA EXECUÇÃO DE ORDEM OU DECISÃO JUDICIÁRIA, POR FALTA DE NUMERÁRIO: É NECESSÁRIO O INTENCIONAL OU ARBITRÁRIO EMBARGADO OU IMPEDIMENTO OPOSTO A ESSA EXECUÇÃO. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERVENÇÃO FEDERAL 20/MG, Pleno, Rel. Min. NELSON HUNGRIA, j. 03/05/1954, DJ 15/07/1954, p. 9336).

200Cf. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80867> , consultado em 20 de setembro de 2012.

O Ministro Nélson Hungria, relator do feito, acatou o argumento expendido pela Fazenda Pública, adotando a tese da reserva do possível, ainda que não o tenha feito com esta exata terminologia. Observe-se excerto do voto do julgador, que serviu de fundamento para a decisão do colegiado:

É preciso que um desarrazoado obstáculo tenha sido oposto pelo Governo estadual à execução da decisão ou ordem.
Ora, no caso vertente, o retardamento na execução não promana de obstáculo criado pelo Governador, mas de acidental exaustão atual do erário do Estado.
Plenamente justificada a mora.
Onde não há, até rei perde.

Cumprе destacar que neste julgado, sob a égide da Constituição Federal de 1946, sequer seria possível falar-se em concretização de direitos sociais, seja pela configuração constitucional vigente, seja pela impossibilidade de se classificar um precatório oriundo de ação de desapropriação como manifestação de algum direito social²⁰¹. A referência histórica, porém, serve para apontar que já há algum tempo o Poder Judiciário nacional tem se deparado com a teoria da reserva do possível, tal como formulada posteriormente pela jurisprudência alemã.

Na tentativa de se balizar um critério de razoabilidade com ampla aceitação, é crescente a adoção da teoria do mínimo existencial, como uma barreira insuperável em face da argumentação da reserva do possível.

É interessante ressaltar que neste assunto também a jurisprudência alemã se mostrou pioneira. Em 1975²⁰², o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha reconheceu que um dos mais evidentes deveres do Estado Social é a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio

201Melhor seria dizer que os valores devidos pelo Estado ao indivíduo em razão de uma ação de desapropriação visam à concretização do direito à propriedade, típica prerrogativa ligada à primeira dimensão dos direitos fundamentais.

202CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 104.

sustento. Na oportunidade, a corte assentou que a sociedade deve garantir a tais cidadãos as condições mínimas para uma existência humanamente digna e, além disso, esforçar-se para incluí-lo na sociedade.

Desde então desenvolveu-se a ideia de que toda pessoa tem um direito a um mínimo de existência, o que guarda manifesta correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana. No Brasil, o mínimo existencial não tem positividade expressa na Constituição Federal, mas sua vigência pode ser inferida do princípio da dignidade da pessoa humana.

De qualquer forma, há grandes dificuldades em se delimitar o conteúdo do mínimo existencial. Sem dúvida, a questão resvala em considerações de ordem filosófica e sociológica, sem negligenciar que o aspecto jurídico deve ser posto em relevo em razão da possibilidade de a pretensão ao mínimo existencial pode ser levada ao Poder Judiciário. Karine Silva Cordeiro²⁰³, por exemplo, traz uma interessante compilação dos autores que se dispuseram a investigar o conteúdo do mínimo existencial:

Em termos mais concreto, Ingo Sarlet apresenta um elenco – meramente ilustrativo, ressalte-se – dos seguintes direitos ligados ao mínimo existencial: “direitos à saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção ao trabalhador, o direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais, bem como o direito a uma renda mínima garantida (que, por sua vez, desde que assegurada uma cobertura completa, pode ser substituído pelos direitos à assistência social, salário mínimo e previdência).

(...) Ricardo Lobo Torres resume o conteúdo positivo do mínimo existencial aos direitos à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), à educação, à moradia e à assistência jurídica.

(...) Para Ana Paula Barcellos, o mínimo existencial faz parte do “conteúdo mais essencial” da dignidade da pessoa humana e, desse modo, tem a natureza de regra e o status de direitos subjetivo. (...) E ele é composto de três elementos materiais e um instrumental. São eles: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados (que envolve alimentação, vestuário e abrigo) e o acesso à Justiça.

203Ibidem, p. 126.

De qualquer forma, ainda que vários autores se disponham a delimitar um conteúdo para o mínimo existencial, deve-se destacar algumas dificuldades práticas nesta tarefa. Com efeito, Raquel Melo Urbano de Carvalho²⁰⁴ aponta duas delas: a) em um país com grande número de miseráveis, como o Brasil, viabilizar o que seja obrigatório implementar mediante políticas públicas que assegurem o básico indispensável à sobrevivência digna de todos os cidadãos; b) a impossibilidade de, aprioristicamente, definir o mínimo a que faz jus cada administrado, uma vez que somente diante de cada caso concreto, atendo-se para as especificidades públicas e particulares, seria viável identificar o comportamento vinculado exigível do Estado, considerando-se uma macro perspectiva social.

A autora continua sua explanação: para enfrentar ambas as dificuldades, cumpre primeiramente assumir que o Estado não pode fornecer tudo a todos, imediatamente. Há limitações empíricas e jurídicas óbvias que devem ser respeitadas.

O embate entre a reserva do possível e o mínimo existencial é um dos mais temas mais discutidos na jurisdição constitucional. Nos tribunais brasileiros pode-se dizer que houve, em princípio, uma certa prevalência da tese da reserva do possível, corroborando a tese defendida pela Fazenda Pública no sentido na impossibilidade de se concretizar alguns direitos sociais em face das limitações do erário. Contudo, atualmente, é possível assinalar que prevalece a tese do mínimo existencial, que pressupõe a íntima ligação entre o direito social postulado em juízo e o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se verificará da análise que se segue.

Em 2003 aparece pela primeira vez o termo “reserva do financeiramente possível” nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em um caso no qual também se discutia a possibilidade de intervenção federal por falta de

²⁰⁴CARVALHO, Raquel de Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo (parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração)*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 603.

pagamento de precatórios²⁰⁵, em uma situação com algumas semelhanças ao julgado de 1954. Na oportunidade, alguns cidadãos formularam requerimento de intervenção federal em face do Estado de São Paulo, aduzindo o não pagamento integral de valor requisitado em precatório que envolvia prestação alimentícia, expedido em 1988, para inclusão no orçamento de 1989. O processo que originou o precatório havia se iniciado em 1983.

Naquele precedente, o Supremo Tribunal Federal não se desviou do entendimento segundo o qual há uma incontestável obrigação constitucional do ente federado em quitar a requisição judicial em favor do cidadão, mormente em se tratando de verba de natureza alimentar. Porém, não se poderia desprezar que o mesmo ente federado encontra-se, também por força de mandamento constitucional, compromissado a cumprir inúmeras outras demandas de cunho social. Por isso, não haveria proporcionalidade em se determinar a intervenção federal, ante a concorrência de princípios constitucionais. A síntese da decisão da Corte pode ser exprimida por meio do seguinte excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes:

É evidente a obrigação constitucional quanto aos precatórios relativos a créditos alimentícios, assim como o regime de exceção do art. 78 do ADCT. Mas também é inegável, tal como demonstrado, que o Estado encontra-se sujeito a um quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. (...) Com efeito, consoante as informações apresentadas pelo Estado de São Paulo, este ente federativo tem sido diligente na tentativa de plena satisfação dos precatórios judiciais. Encontra, contudo, obstáculo nas receitas constitucionalmente vinculadas e na reserva do financiamento possível.

É pertinente ressaltar que, no caso deste julgado, a Corte Suprema fez prevaler a ideia da reserva do possível em contraposição a um direito social, já

205INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido. (STF, Intervenção Federal1262/SP, Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO (Presidente), j. 26/02/2003, DJ 06/02/2004, p. 31).

que a requisição judicial ensejadora do pedido de intervenção tinha natureza alimentar²⁰⁶, ou seja, visava a atender a gama de direitos sociais expressos no art. 6º da Constituição Federal de 1988. E deixou claro, também, que o Estado de São Paulo havia demonstrado *in concreto* a insuficiência de recursos públicos para o atendimento de suas várias incumbências.

Também neste caso, o Supremo Tribunal Federal apontou o critério da proporcionalidade como indicar da viabilidade da pretensão do jurisdicionado em face do Estado. Restou assentado que o pedido de intervenção judicial mostrava-se desarrazoado em face do “*quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia*”.

Nesta mesma linha há um caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça – o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 252083/RJ²⁰⁷ – em 2000, no qual se discutiu a viabilidade de compelir um Município a executar obras de reforma do hospital público e realizar a compra de ambulância, por meio de ação civil pública manejada pelo Ministério Público. Na oportunidade, a Corte Superior perfilou entendimento pela impossibilidade de interferência judicial nos atos discricionários do Poder Executivo, ressaltando ainda a prevalência da reserva do possível,

206 Segundo o art. 100 da Constituição Federal, os débitos oriundos de decisão judicial que condene a Fazenda Pública podem ser classificados em duas espécies: alimentares (ou alimentícios) e os não alimentares. Segundo o § 1º do citado art. 100, os débitos alimentares decorrem de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil. Presume-se que verbas alimentares são necessárias à garantir uma série de direitos sociais, já que parcelas salariais devem possibilitar o atendimento de necessidades básicas com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, segundo a regra constitucional da abrangência do salário mínimo (art. 7º, IV da Constituição Federal).

207 CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - EXERCÍCIO PELO JUIZ - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 252083/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 27/06/2000, DJ 26/03/2001, p. 415)

diante das “*notórias dificuldades financeiras pelas quais passam o País*”. Cabe verificar o seguinte excerto do voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi:

A matéria controvertida encontra-se dirimida pela jurisprudência desta Colenda Corte, no sentido de não ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Executivo que promova a execução de obras, ainda que visando à garantia de direitos coletivos, pois a Administração é a única detentora do poder discricionário relativo à oportunidade e conveniência de sua consecução. (...) Ademais, são notórias as dificuldades financeiras pelas quais passam o País. Assim, ainda que indiscutível ser obrigação do Estado proporcionar o acesso à saúde a todos os cidadãos, também é certo que vários outros direitos e garantias constitucionais são negados a cada dia, por falta de verba, consistindo este o maior motivo pelo qual o Poder Judiciário não pode determinar a consecução de determinada obra, pleiteada a título de Direito constitucional dos cidadãos, porquanto o Estado pode estar sacrificando uma obra de vital importância para a comunidade, em benefício de outra, com igual relevância social, ato discricionário do Poder Público.

É interessante ressaltar que, no caso, a Corte não se manifestou sob a eventual razoabilidade da pretensão deduzida pelo autor da ação, limitando-se a indicar genericamente a impossibilidade de invasão do mérito do ato administrativo discricionário por parte do Poder Judiciário.

Além disso, há um relevante ponto em comum entre os dois julgados apresentados: as considerações sobre as inúmeras demandas sociais a serem atendidas pelo Poder Público, em contraponto à necessidade específica aduzida pelo autor da ação.

A superação da ideia de prevalência da reserva do possível se deu em 2004, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº45²⁰⁸, decidida monocraticamente pelo Ministro Celso de Mello. Naquela oportunidade, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) impugnava veto do Presidente da República sobre o § 2º do art. 55 da Lei nº 10.707/03 – a lei de diretrizes orçamentárias para o orçamento da União em 2004. A edição posterior da própria lei orçamentária anual adotou integralmente o dispositivo vetado, o que

208BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 45 MC/DF, julgamento monocrático, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 29/04/2004, DJ 04/05/2004, p. 12.

tornou despciendo o julgamento do mérito da ADPF. Ainda assim, o Ministro Celso de Mello teceu relevantíssimas considerações sobre a contraposição entre a reserva do possível e o mínimo existencial, o que tornou o precedente um verdadeiro paradigma na jurisprudência constitucional brasileira.

Segundo o Ministro Celso de Mello, as condições mínimas de existência do ser humano não podem ser frustradas pelo argumento da reserva do possível, sob pena frustrar o escopo principal das Constituições, que é a superioridade do princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o atendimento a este núcleo essencial de mínimas condições de existência constituem um aspecto vinculado decorrente das normas constitucionais. A sobrevivência dos cidadãos, em suma, não pode ser ameaçada por uma injustificada inércia estatal. Eis um trecho importante do voto do relator:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. (...) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. (...) Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

É de se destacar que o Ministro Celso de Mello cuida de indicar a razoabilidade da pretensão como um dos critérios de avaliação, pelo Poder

Judiciário, quando em jogo a invocação da reserva da possível. Observe-se:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Depois da ADPF n° 45, nota-se uma nítida modificação na jurisprudência brasileira, na qual a tese da reserva do possível cede preferência à garantia de direitos ligados ao mínimo existencial.

Em 2005, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial n° 718203/SP²⁰⁹, pautado na possibilidade de o Ministério Público do Estado de São

209 ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 4. Legitimatío ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 5. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n.º 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." Conseqüentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). 6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força

Paulo obter provimento judicial para compelir o Município de Santo André a efetivar matrícula de criança de 03 (três) anos, na época da ação, em creche municipal. Neste caso, em entendimento muito próximo ao exarado na ADPF n° 45, a Corte entendeu ser possível a intervenção judicial em políticas públicas ligadas ao direito do menor à creche, ainda que com repercussões orçamentárias, sob pena de esvaziar as promessas do constituinte originário com os direitos das crianças. Eis um elucidativo excerto do voto do Ministro Luiz Fux, relator do feito:

impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 7. Outrossim, a Lei n.º 8.069/90 no art. 7.º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.º do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual". 8. Impõe-se, contudo, ressaltar que a jurisprudência predominante do E. STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp n.º 706.652/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 18/04/2005; REsp n.º 664.139/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/06/2005; e REsp n.º 240.033/CE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18/09/2000). 9. O Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90): "Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade." 10. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 11. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 12. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia. 13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. 14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa

Evidentemente que num país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas constitucionais alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não se poderia imaginar fosse o direito à educação das crianças relegado a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

(...) Entretanto, quando a Constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. É evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda

categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 18. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 19. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuisse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: RESP 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 25.10.2004. 20. O Supremo Tribunal Federal, no exame de hipótese análoga, nos autos do RE 436.996-6/SP, Relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 07.11.2005, decidiu verbis: "CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO Direito constitucional À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO(CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena

Pública implica em dispêndio, e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu.

No caso específico deste julgado, denota-se que o Superior Tribunal de Justiça considerou, ainda que sem menção expressa no voto do relator, que o direito à educação consiste em parcela essencial do mínimo existencial, na medida em que consiste em uma das *“mais belas garantias constitucionais”*. De fato, há poucas – ou nenhuma – dúvida na doutrina nacional, como demonstrado, que o direito à educação é garantia inerente à dignidade da pessoa humana. Por outro lado, o caso concreto mostrou a razoabilidade da pretensão do autor da ação no sentido de exigir o direito da criança de acesso à creche, mormente em razão da evidente preponderância dos direitos educacionais na Constituição Federal, inclusive do ponto de vista orçamentário²¹⁰.

de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. 21. Recurso especial provido. (STJ, REsp 718203/SP, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 694).

210 Cabe destacar que as verbas destinadas à educação são as únicas na Constituição Federal que têm percentuais definidos com precisão – de acordo com o art. 212, “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. Além disso, o descumprimento pelo gestor público desta norma constitucional gera consequências políticas gravíssimas – a intervenção federal ou estadual, conforme o caso, nos termos dos arts. 34, VII, “e” e 35, III.

Desde então, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem sido uniforme no sentido de fazer prevalecer o mínimo existencial, em demandas ligadas ao direito à educação e à saúde, adotando a tese, ainda, como baliza de razoabilidade em face da reserva do possível, mesmo sem indicar expressamente este raciocínio.

A título de ilustração, cumpre destacar dois julgados, um do Supremo Tribunal Federal e outro do Superior Tribunal de Justiça, que demonstram claramente a inclinação da jurisprudência em priorizar o mínimo existencial.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal disse, mais uma vez, que a reserva do possível não pode inviabilizar o direito fundamental das crianças de acesso à creche, tendo em vista o conteúdo de mínimo existencial impregnado nesta prerrogativa. No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337/SP²¹¹, colhe-se a seguinte argumentação, expendida pelo Ministro Celso

211 CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO Direito constitucional À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a

de Mello e seguida pelo colegiado:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto do nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas

Da mesma forma, em 2012, o Superior Tribunal de Justiça julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face do Estado de São Paulo, no Recurso Especial nº 1.068.731/SP²¹², para condenar o ente federado a disponibilizar leitos de UTI suficientes para a demanda no Hospital Padre Jeremias, na cidade de Cachoeirinha - SP. Do voto do Ministro Herman Benjamim, relator e que foi acompanhado à unanimidade por seus pares, tem-se os seguintes argumentos:

definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. (STF, ARE 639337/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/08/2011, DJe 14/09/2011).

212 ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE

A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar, p. ex.. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não comendo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.

Destarte, tendo em vista que tanto a doutrina nacional quanto a jurisprudência encontram-se em convergência quanto à necessidade de primazia do mínimo existencial sobre a reserva do possível, a discussão sobre a

JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impõe obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não comendo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJE 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido. (STJ, REsp 1068731/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17/02/2011, DJe 08/03/2012).

judicialização da saúde, neste trabalho, adotará tal premissa. A questão da razoabilidade da pretensão às prestações materiais de saúde será discutida em tópico específico.

CAPÍTULO 2 O DIREITO À SAÚDE

2.1 Histórico do direito à saúde no Brasil

O direito à saúde somente ganhou dimensão importante nos textos constitucionais brasileiros a partir de 1988. Antes disso, apenas disposições esparsas trataram do tema²¹³.

A história constitucional brasileira é inaugurada com a Constituição de 1824, de índole essencialmente liberal e extremamente preocupada com a propriedade privada e suas garantias. Neste documento, todavia, não há disposição específica sobre o direito à saúde. A única referência indireta ao tema consta no rol dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, no qual indicou-se que “*A Constituição também garante os socorros públicos*”²¹⁴. Tal expressão tinha significado direcionado especialmente às políticas de assistência e previdência social²¹⁵.

A Carta de 1891 nada trouxe sobre o direito à saúde.

Em 1934, a Constituição dispôs sobre a competência concorrente da União e dos Estados para “*cuidar da saúde e assistência públicas*” (art. 10, II). Previu-se, no entanto, uma competência privativa da União, para organizar o serviço de combate às “*grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades*”

213 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 685.

214 A referência aos socorros públicos consta no art. 179, XXXI da Constituição Federal de 1824.

215 De fato, segundo Sérgio Pinto Martins, um dos primeiros sistemas de seguridade social do mundo surgiu no Brasil, com a Mongeral (Montepio Geral dos Servidores do Estado), fundada em 22 de junho de 1935. Tratava-se de um sistema típico de mutualismo, por meio do qual as pessoas vão se associando e cotizando a cobertura de certos riscos, mediante a repartição de encargos para todo o grupo. Não se referia especificamente à saúde, embora o risco “doença” pudesse ser coberto por meio de uma prestação indenizatória (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 6).

dos governos locais” (art. 140)²¹⁶. Cumpre ressaltar que a Carta de 1934 sofreu forte influência da Constituição de Weimar, situando-se no contexto da revolução que levou Getúlio Vargas ao poder.

Na Carta de 1937, de inspiração totalitária, previu-se a competência privativa da União para legislar sobre *“normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança”* (art. 16, XXVII). Aos Estados foi deferida a competência suplementar para legislar sobre *“assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais”* (art.18, “c”), apenas *“para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule”*.

Em 1946, a Constituição Federal dispôs sobre a competência administrativa da União para *“organizar defesa permanente contra os efeitos da seca, das endemias rurais e das inundações”* (art. 5º, XIII). Além disso, manteve a competência da União para legislar sobre normas gerais *“de defesa e proteção da saúde”* (art. 5º, XV, “b”), cabendo aos Estados a competência legislativa suplementar ou complementar sobre o tema (art. 6º).

Especificamente quanto à efetividade do direito à saúde, a Carta de 1946 se preocupou com um campo específico do assunto, discorrendo sobre garantias à saúde do trabalhador. Assim, o art. 157 determinou, como forma de *“melhoria da condição dos trabalhadores”*, a *“higiene e segurança do trabalho”* (inciso VIII) e *“assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante”* (inciso XIV).

A Constituição de 1967, em linhas gerais, manteve a formatação de competências administrativas e legislativas da União e dos Estados. O art. 8º

²¹⁶É compreensível a competência privativa da União para organizar serviços de alcance nacional, como é o caso do combate às grandes endemias.

trouxe a competência administrativa da União para estabelecer plano nacional de saúde (inciso XIV) e competência legislativa para normas gerais de defesa e proteção à saúde (inciso XVII, “c”). Também foram mantidos os direitos de saúde do trabalhador, no art. 158, garantindo-se a “higiene e segurança do trabalho” (inciso IX) e “assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva” (inciso XV).

É importante registrar que, sob a égide da Carta de 1967, foi editada a Lei nº 6.229, de 13 de julho de 1975, instituindo o Sistema Nacional de Saúde, constituído pelo complexo de serviços, do setor público e do setor privado, voltado para ações de interesse da saúde. O Sistema Nacional de Saúde abrangia ações coordenadas pelo Ministério da Saúde, com outras pastas do Poder Executivo: Ministério da Previdência e Assistência Social, Ministério da Educação e Cultural, Ministério do Interior e Ministério do Trabalho, além dos Estados, Territórios e Municípios.

Um pouco antes da Constituição de 1988, foi editado o Decreto nº 94.657, de 20 de julho de 1987, que criava os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados - chamados de “SUDS”. O objetivo da política pública de saúde foi passar as principais ações de saúde aos Estados e, por meio destes, aos Municípios.

Cumprir destacar que a década de 1980, na área da saúde, foi marcada pelo movimento da Reforma Sanitária, que buscava direcionar o modelo assistencialista em vigor para um modelo de ação estatal sob a perspectiva universalista e de visão da saúde como direito. Na VII Conferência Nacional de Saúde é discutida a formação do Sistema Único de Saúde, cumulando no reconhecimento da saúde como direito fundamental na Constituição Federal de 1988²¹⁷.

217TRETTEL, Daniela Batalha. *Plano de saúde na visão do STJ e STF*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 59.

2.2 O direito à saúde positivado

Como visto, o direito à saúde é um típico direito social, seja em razão de seu conteúdo, seja por conta de sua colocação no rol do art. 6º da Constituição Federal, seja por sua inclusão como um dos direitos ligados à Seguridade Social.

De qualquer forma, para melhor compreensão do direito à saúde na ordem jurídica brasileira, é necessário estudar em conjunto as disposições constitucionais pertinentes e alguns dispositivos da legislação infraconstitucional, notadamente a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990²¹⁸ e algumas normas administrativas mais relevantes²¹⁹. É o formato que este tópico adotará.

A Constituição de 1988 é a primeira da história brasileira que eleva a saúde à condição de direito fundamental, seguindo o exemplo da pioneira Constituição da Itália de 1948 (art. 32)²²⁰ e da Constituição de Portugal de 1976 (art. 64)²²¹. Estes diplomas supremos foram acompanhados, no particular, pelas Constituições da

218A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, é também conhecida como “Lei Orgânica da Saúde”. Segundo sua própria ementa, “Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, da organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”.

219Não obstante o realce deste trabalho principalmente na Constituição Federal e na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, o Sistema Único de Saúde, há um grande número de normas infralegais que disciplinam o direito à saúde no Brasil. Um delas são as Normas Operacionais Básicas (NOB’s), formalizadas por meio de portarias ministeriais. Segundo Mariana Filchtiner Figueiredo, “Consistem as NOBs em instrumentos para a fixação de estratégias e ações que reorientem a operacionalidade do SUS, a partir de avaliações periódicas acerca da implementação e do desempenho do próprio sistema. Objetivam, assim, induzir e estimular mudanças; aprofundar e reorientar a implementação do SUS; definir novos objetivos estratégicos, prioridades, diretrizes e movimentos tático-operacionais; regular relações entre os gestores do SUS; normatizar o SUS (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 97).

220Segundo o art. 32, § 1º da Constituição Italiana de 1946, “A República protege a saúde, como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade e garante a cura gratuita dos indigentes” (DAVIES, Ana Carolina Izidório. *Saúde pública e seus limites constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 38).

221A Constituição de Portugal, de 1976, dispunha sobre o direito de proteção à saúde e reconhece o direito do Estado em promovê-la e defendê-la (DAVIES, Ana Carolina Izidório. *Saúde pública e seus limites constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 38).

Espanha (arts. 43) e da Guatemala (art. 93 a 100)²²².

O ponto de partida para o adequado entendimento do alcance do direito à saúde no Brasil é o art. 196 da Carta de 1988, cujo teor segue transcrito, em razão de sua importância:

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.

Apesar de explícito na ordem constitucional, o direito à saúde poderia ser inferido ainda que não existisse o citado art. 196. É que o art. 5º, *caput*, garantiu “a inviolabilidade do direito à vida” e, conseqüentemente, protegeu a saúde humana²²³. De fato, é fácil verificar, empiricamente, que o direito à vida pode ser fulminado definitivamente se não for garantida a saúde do indivíduo.

A saúde é um direito a ser garantido a “*todos*”, sem ressalvas, o que exprime a ideia de que são inadmissíveis distinções de qualquer espécie quanto ao acesso às suas prestações. É que, nos termos da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a saúde é um direito fundamental do ser humano²²⁴, com todas as conseqüências daí inerentes. Assim sendo, não só os brasileiros, mas também os estrangeiros eventualmente residentes no país têm igual direito de acesso à saúde²²⁵. Portanto, aqui se tem a consagração da universalidade da saúde, que tem significado absoluto e abrangente, ou seja, deve atingir a todos

222BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1202.

223A concepção de um direito à vida implica o reconhecimento estatal da legitimidade do combate individual e coletivo a todas as ameaças à sadia qualidade de vida (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil (parte geral)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 151).

224BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

225MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 492.

incondicionalmente, independente de condição social, devendo cobrir toda a população²²⁶.

Por outro lado, o dever de garantia do direito à saúde é do Estado, assim entendido como o conjunto dos entes federativos – União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios -, todos dotados de competência legislativa concorrente²²⁷ e competência material²²⁸ para atuar em defesa da saúde de seus cidadãos. Em suma, nenhum dos entes políticos está dispensado de envidar esforços para a promoção da saúde de seus cidadãos.

Cumprido destacar que, tendo em conta a cláusula constitucional de solidariedade²²⁹, o dever estatal em garantir a saúde não retira a mesma obrigação das pessoas, da família, das empresas e da sociedade em geral²³⁰. A própria Constituição Federal obriga a família, a sociedade e o Estado a garantir, com absoluta prioridade, à criança, ao jovem e ao adolescente, o direito à vida e à saúde, dentre outros²³¹, bem como do dever de amparar os idosos²³². Além disso,

226 DAVIES, Ana Carolina Izidório. *Saúde pública e seus limites constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 53.

227 União, Estados e Distrito Federal legislam concorrentemente sobre “defesa da saúde”, conforme autoriza o art. 24, XII da Constituição Federal. Sem embargo, os Municípios também podem legislar sobre saúde nos casos de interesse local (art. 30, I) e na suplementação da legislação federal e estadual (art. 30, II).

228 De acordo com o art. 23, II da Constituição Federal, todos os entes federados devem “cuidar da saúde e assistência públicas”.

229 Um dos objetivos da República é “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I da Constituição Federal).

230 BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

231 BRASIL. Constituição Federal. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

232 BRASIL. Constituição Federal. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

as empresas devem garantir a saúde de seus trabalhadores²³³ e dos consumidores²³⁴ em geral.

A Constituição atesta ainda sobre a maneira pela qual o Poder Público deve empregar ações na defesa da saúde dos indivíduos. Esta resposta é dada pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990²³⁵, que prescreve sobre a obrigação do Estado em formular e executar políticas públicas de acesso às prestações de saúde, de forma universal e isonômica. Tais políticas, vale dizer, compreendem ações econômicas e sociais que devem interferir, de acordo com a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990²³⁶, em vários aspectos da vida em sociedade, tais como alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte etc²³⁷.

233 Há um extenso rol de direito de normas constitucionais protetivas da saúde do trabalhador, a serem observadas pelas empresas, dentre as quais pode-se citar, exemplificadamente, “o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos” (art. 7º, XV) e a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII).

234 Segundo a Constituição Federal, a proteção ao consumidor é um direito fundamental (art. 5º, XXXII) e um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170, V). Por sua vez, segundo o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), um dos direitos básicos do consumidor é “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

235 BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Art. 2º (...) § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

236 BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

237 Sobre o tema, registre-se a existência da Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde, no âmbito do Ministério da Saúde, criada pelo Decreto não numerado de 13 de março de 2006. As determinantes em saúde são, em síntese, questões não sanitárias que influenciam a saúde das pessoas, tais como, por exemplo, o acesso à educação e renda. Segundo Mariana Filchtner Figueiredo (*in* Direito à saúde (Leis nº 8.080/90 e 8.142/90). Salvador: JusPodivm, 2009, p. 30), os determinantes sociais da saúde são um conceito utilizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), inclusive como pauta dos programas e políticas de equidade e melhoria do acesso aos serviços e às ações de saúde em nível mundial. Ressalta a autora ainda que o direito à efetivação da saúde depende do comprometimento e ação de diversos setores e atores sociais, públicos e privados.

Em síntese, o legislador constituinte reconhece que a saúde é um conceito multidisciplinar e que não se concretiza apenas por meio de políticas públicas de saúde; pelo contrário, exige a efetiva implementação de políticas públicas econômicas – de melhoria da renda dos cidadãos, por exemplo – e políticas públicas sociais – de acesso à prestações relevantes à isonomia material.

Prosseguindo na análise da formatação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que a Constituição Federal aponta que as ações e serviços de saúde se colocam como um sistema único, com uma rede regionalizada e hierarquizada²³⁸ – também chamado de Sistema Único de Saúde ou simplesmente SUS. Este sistema compreende todas as instituições públicas dedicadas ao assunto, bem como eventualmente a iniciativa privada, em caráter complementar²³⁹.

Por seu turno, de acordo com o texto constitucional, o Sistema Único de Saúde deve seguir as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e, c) a participação da comunidade²⁴⁰. Na Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, há indicação de

238BRASIL. Constituição Federal. 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: (...).

239BRASIL. Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990. Art. 4° O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). § 1° Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. § 2° A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

240BRASIL. Constituição Federal. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

um número bem maior de diretrizes, que são chamadas também de “princípios”²⁴¹²⁴².

Seja como for, é no estudo das diretrizes e princípios do Sistema Único de Saúde que está a maior necessidade de aprofundamento, para os fins deste trabalho, uma vez que norteiam diretamente as ações judiciais que envolvem o direito à saúde.

A descentralização com direção única em cada esfera de governo indica que o Sistema Único de Saúde, apesar de único, em suas diretrizes e princípios básicos, em todo o território nacional, deve ser observados em cada esfera de governo pelo órgão responsável pela saúde²⁴³. Cuida-se da superação do modelo anterior, em que a saúde pública operava por meio de pelo menos três subsistemas, sem universalidade: a) subsistema estatal destinado à medicina simples às populações economicamente hipossuficientes; b) subsistema hegemônico, que abrangia apenas os segurados da Previdência Social; c) subsistema de atenção médica supletiva, que funcionava basicamente por meio de convênios com empresas²⁴⁴.

Com a descentralização, as atribuições para execução de ações e serviços de saúde pode ser passada para os órgãos mais próximos do cidadão, facilitando seu acesso às prestações necessárias à garantia de seu direito. Uma das

241 O art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 dispõe sobre a necessidade de se obedecer às diretrizes do art. 198 da Constituição Federal e a outros “princípios” ali arrolados, dentre os quais a universalidade de acesso, a integralidade de assistência, a igualdade da assistência à saúde e à participação da comunidade.

242 Da atenta análise da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 e das normas constitucionais do direito à saúde, percebe-se que é tênue a linha entre princípios e diretrizes. No ponto, é interessante destacar esta proximidade exarada na constatação de Sérgio Pinto Martins: “Diretriz” significa estabelecer uma linha reguladora, um traçado, um caminho a seguir. Envolve direção, rumo, sentido, uma conduta ou procedimento a ser seguido (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 493).

243 SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo (teoria e prática)*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 46.

244 DAVIES, Ana Carolina Izidório. *Saúde pública e seus limites constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 44.

estratégias da descentralização do Sistema Único de Saúde é a municipalização, que nada mais é do reconhecer o Município como o principal ente federativo responsável pela saúde de seu cidadão.

A regionalização e a hierarquização são pressupostos da descentralização de serviços, constituindo-se em conceitos e fórmulas organizativas do Sistema Único de Saúde, que supõem racionalidade de meios e fins²⁴⁵. A hierarquização supõe três níveis de complexidade de atenção integral à saúde, organizada segundo níveis de resolutividade próprias. Assim, a porta de entrada do Sistema Único de Saúde se dá pelos níveis menos complexos, ou seja, pela atenção básica.

Conforme a necessidade, avança-se nos níveis do sistema, em direção à atenção secundária ou terciária, reconhecidas como de média e alta complexidade. A ideia é que a atenção básica consiga resolver a imensa maioria dos casos e, eventualmente, ordene o acesso aos níveis mais complexos²⁴⁶. A regionalização, por sua vez, é entendida como a distribuição espacial de serviços de saúde, organizados para atender à população de uma região²⁴⁷.

Cumprir destacar que, dentro da ótica de hierarquização e regionalização do Sistema Único de Saúde, há o conceito de “Regiões de Saúde”, instituído pelo Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que permite a regionalização da assistência à saúde por meio de Municípios dentro de um mesmo Estado ou de Estados diferentes.

Estas medidas demonstram a necessidade de se assegurar o direito à

245 SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo (teoria e prática)*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 46.

246 Segundo o art. 11 do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, “O acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde será ordenado pela atenção primária e deve ser fundado na avaliação da gravidade do risco individual e coletivo e no critério cronológico, observadas as especificidades previstas para pessoas com proteção especial, conforme legislação vigente.”

247 SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. op. cit., p. 47.

saúde de forma racional, uma vez que o Sistema Único de Saúde é um sistema estratégico projetado, esquematizado, estratificado, com regras claras para sua própria viabilização²⁴⁸.

A integralidade de assistência é, sem dúvida, o assunto mais controverso no que tange à judicialização da saúde. Por este motivo, o tema será discutido em um tópico específico deste trabalho.

No que se refere à universalidade de acesso em todos os níveis de assistência, cumpre assinalar que tal mandamento se funda na ideia de se garantir o acesso, de todas as pessoas, a todas as ações e serviços de saúde oferecidos pelo Estado. Este princípio foi uma das reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, que procurou estender a toda a população, independentemente de quaisquer condições, as prestações decorrentes do direito à saúde²⁴⁹. De fato, a universalidade não pressupõe que o usuário seja segurado da Previdência Social, nem se exige qualquer vínculo prévio com o Sistema Único de Saúde. Toda pessoa tem direito à saúde. Logo, o acesso a tais ações e serviços não se sujeita a qualquer requisito de grupo, categoria ou classe.

A universalidade não é um conceito exclusivo da saúde. Também a previdência social está submetida à “universalidade de cobertura e atendimento”²⁵⁰, ou seja, todas as demandas sociais na área securitária devem ser atendidas, obviamente observando-se as possibilidades financeira do sistema²⁵¹.

Sobre a universalidade do Sistema Único de Saúde, há um interessante

248 DAVIES, Ana Carolina Izidório. *Saúde pública e seus limites constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 57.

249 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à saúde (Leis n° 8.080/90 e 8.142/90)*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 54.

250 Neste sentido é o art. 194, parágrafo único, I da Constituição Federal.

251 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 56.

julgado do Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial nº 430.526/SP²⁵², no qual se discutiu se um Delegado de Polícia, que sabidamente recebe vencimentos bem acima da média da população brasileira, poderia ter acesso a um medicamento fornecido pelo Poder Público para tratamento de Hepatite C. O policial havia contraído a doença após impedir que um preso se suicidasse. A Fazenda Pública do Estado de São Paulo defendeu a tese de que o interesse coletivo prevalece sobre o interesse individual, motivo pelo qual deveria o Delegado de Polícia arcar com o custos de seu medicamento, sem onerar o Sistema Único de Saúde.

Apesar de divergir frontalmente da diretriz de universalidade do Sistema Único de Saúde, o argumento da Fazenda Pública havia sido acolhido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme foi apontado no voto do relator do Recurso Especial, Ministro Luiz Fux, *in verbis*:

No mesmo sentido posicionou-se o acórdão regional, ao julgar o agravo de instrumento interposto, entendendo que "percebendo o agravante salário superior a R\$ 3.000,00 mensais e não tendo comprovado ter outros encargos financeiros, pode ser considerado, em face da realidade social brasileira, cidadão não menos afortunado que os demais, em situação realmente precária. Tendo em conta que as verbas públicas têm destinação previamente marcada, há de se entender que o interesse da coletividade deve prevalecer diante do interesse individual, no tocante aos serviços de

252CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM HEPATITE "C". DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. 1. Delegado de polícia que contraiu Hepatite "C" ao socorrer um preso que tentara suicídio. Necessidade de medicamento para cuja aquisição o servidor não dispõe de meios sem o sacrifício do seu sustento e de sua família. 2. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 3. O direito à vida e à disseminação das desigualdades impõe o fornecimento pelo Estado do tratamento compatível à doença adquirida no exercício da função. Efetivação da cláusula pétrea constitucional. 4. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, legítima e constitucionalmente garantida, posto assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida, sobreleva ainda destacar que a moléstia foi transmitida no exercício de sua função, e em decorrência do nobilíssimo ato de salvaguardar a vida alheia. Representaria *sumum jus summa injuria*, retribuir-se a quem salvou a vida alheia, com o desprezo pela sua sobrevivência. 5. Recurso especial provido. (STJ, REsp 430526/SP, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 01/10/2002; DJ 20/10/2002, p. 245).

saúde da população em geral.

Coube ao Superior Tribunal de Justiça restabelecer o tratamento isonômico do recorrente com os demais cidadãos brasileiros, apontando-se a irrelevância da condição profissional do Delegado de Polícia diante da necessidade de prestação pelo Sistema Único de Saúde. Eis um elucidativo excerto colhido do voto do Relator, que serviu de fundamento para a decisão da Corte Superior:

Sob esse enfoque, não há que se perquirir sobre ser o recorrente Delegado de Polícia e perceber remuneração bem maior do que a maioria dos brasileiros, prevalecendo a presunção de que não pode suportar o ônus do tratamento, como decorrência da promessa constitucional de que 'todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida' (art. 5º, CF).

(...)

Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, legítima e constitucionalmente garantida, posto assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida, sobreleva ainda destacar que a moléstia foi transmitida no exercício de sua função, e em decorrência do nobilíssimo ato de salvar a vida alheia. Representaria *sumum jus summa injuria*, retribuir-se a quem salvou a vida alheia, com o desprezo pela sua sobrevivência.

Assim sendo, de acordo com a universalidade do Sistema Único de Saúde, não é possível indagar se o cidadão tem ou não condições financeiras de arcar com o seu tratamento. Havendo *in concreto* a necessidade de utilização do Sistema Único de Saúde, o cidadão deve ser atendido. É o único caminho existente diante da relação jurídica entre o indivíduo e o Estado brasileiro, tendo em conta as disposições constitucionais regentes do Sistema Único de Saúde. Em suma, não é lícito ao Poder Público negar atendimento de saúde a uma pessoa, com base em sua riqueza pessoal.

Aliás, vale lembrar que a formatação do Sistema Único de Saúde, em especial com a previsão da universalidade de atendimento, veio exatamente para superar o modelo constitucional anterior, de natureza excludente. Em outras palavras, a carência socioeconômica da pessoa, que se apresenta ao Sistema Único de Saúde necessitando de tratamento ou de um medicamento para a

recuperação de sua saúde não pode ser vista como condição para acesso e fruição dos serviços públicos de saúde, sob pena de gravíssima ofensa à Constituição Federal²⁵³. Com efeito, apenas situações clínicas diferenciadas, entre todos aqueles que postulam o fornecimento de prestações materiais pelo Sistema Único de Saúde, é que pode gerar uma situação de tratamento diferenciado²⁵⁴, mas nunca a vedação de atendimento.

O legislador, contudo, não despreza a realidade de que muitos brasileiros atualmente têm plano de saúde particular. Assim sendo, se um cidadão tem plano de saúde e ainda assim faz uso dos serviços do Sistema Único de Saúde, cabe à operadora privada ressarcir os cofres públicos²⁵⁵. Enfim, o uso do Sistema Único de Saúde pelo cidadão não lhe acarreta custos, mas pode gerar o direito do erário em ser indenizado pelos gastos que procedeu.

2.3 A integralidade de assistência

O termo “integralidade”, dissociado de qualquer discussão jurídica acerca de seu alcance no acesso do cidadão às prestações de saúde, é de fácil compreensão e corresponde a ideia de totalidade, completude²⁵⁶. É preciso advertir, contudo, que a Constituição Federal de 1988 não adota especificamente

253SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo (teoria e prática)*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 48.

254Apenas para ilustrar a questão, basta imaginar a situação de dois pacientes que chegam ao mesmo tempo em um pronto-socorro. É cabível – e desejável, inclusive – que a equipe de pré-atendimento faça uma triagem para detectar qual dos pacientes será o primeiro a acessar o consultório médico, sem que isso implique em violação ao princípio da isonomia ou da universalidade do Sistema Único de Saúde.

255Trata-se de regra contida no art. 32, *caput*, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, segundo a qual “Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.”. O Supremo Tribunal Federal, em juízo cautelar, considerou aparentemente constitucional o citado artigo (STF, ADI 1931-MC/DF, Pleno, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, j. 21/08/2003, DJ 28/05/2004, p. 3).

256Segundo o Dicionário Caldas Aulete, integral é “inteiro, completo, total”. Disponível em http://aulete.uol.com.br/site.phpmdl=aulete_digital&op=loadVerbete&pesquisa=1&palavra=integral Acesso em 19 de junho de 2012.

tal terminologia, mas refere-se, em seu art. 198, II, em “*atendimento integral*”. A rigor, é a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 que fala em “*integralidade de assistência*”, como um princípio a seguir seguido pelo Sistema Único de Saúde²⁵⁷. De qualquer forma, este trabalho adota a concepção de que os dois termos – o utilizado no texto constitucional e o do legislador ordinário – querem significar a mesma coisa. Tratam, ambos, de qualificar a atenção à saúde pelo Estado.

É intuitiva a noção de que a integralidade de assistência corresponderia à disponibilização de todos os recursos conhecidos para a prevenção e recuperação da saúde do cidadão. Na prática, contudo, como já visto, há grandes dificuldades em transpor o plano da norma ao plano dos fatos, tendo em conta a dualidade existente entre as infinitas demandas sociais e a escassez de recursos públicos para atendê-las. Vigora, pois, relativo consenso quanto à necessidade de o Estado disponibilizar o mínimo existencial aos seus cidadãos, mas há acesa controvérsia quanto ao conteúdo deste mínimo, tanto em termos qualitativos como quantitativos²⁵⁸, conforme já ponderado em tópico anterior este trabalho.

O ponto de partida para a análise desta questão é o texto legal. Assim, segundo a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a assistência à saúde do cidadão deve ser objeto de políticas públicas de caráter permanente, ou seja, não sujeitas a qualquer espécie de interrupção, com prioridade às atividades de prevenção²⁵⁹. Por outro lado, como bem alinhavado no art. 196 da Constituição

257O art. 15 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) também dispõe sobre a “atenção integral à saúde do idoso”, mas não chega a discorrer sobre sua abrangência. Eis a sua redação: “É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos”. Para Renan Paes Felix, se há obrigação do Poder Público a efetivação do direito à saúde dos idosos, é imperioso que estes tenham acesso a medicamentos para manutenção de sua saúde (FELIX, Renan Paes. *Estatuto do idoso (Leis nº 8.842/1994 e 10.741/2003)*. Salvador: JusPodvim, 2010, p. 43).

258CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 110.

259BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Art. 7º, II - integralidade de assistência,

Federal, a atenção a saúde – e sua perspectiva de integralidade – também deve abranger outras ações estatais indiretas em relação às prestações de saúde, que são as políticas sociais e econômicas governamentais²⁶⁰.

Além disso, a integralidade abrange atividades preventivas e curativas. Há de se ressaltar, contudo, que o art. 198, II da Constituição Federal determina “*prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais*”, o que denota uma ordem lógica para solução dos problemas sanitários, tendo em vista que é muito mais barato para o Poder Público prevenir do que curar doenças prevalentes na população.

A título de esclarecimento, vale dizer que a prevenção em saúde nada mais é do que intervenção antes de instalação de doença ou outros agravos. É, pois, um conjunto de medidas para evitar doenças²⁶¹. As ações estatais em prevenção devem ser orientadas por meio de conhecimento científico, notadamente sobre epidemiologia, que é a ciência humana que estuda os fatores que interferem no processo saúde/doença, considerando seus fatores condicionantes e determinantes. Por outro lado as atividades curativas compreendem ações direcionadas a debelar determinada doenças já instaladas na população. Podem abarcar uma gama de atuações estatais, como a disponibilização de serviços médicos e paramédicos, fornecimento de medicamentos, órteses e próteses, ações de reabilitação profissional etc.

entendida como 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;

260 É interessante a modificação havida no art. 11 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Na redação originária do dispositivo, assegurava-se atendimento “médico” a toda criança e adolescente, por meio do Sistema Único de Saúde. Após a Lei nº 11.185/05, a garantia legal passou a ser de atendimento “integral”. Na visão de Guilherme Freire de Melo Barros, o atendimento à criança e ao adolescente não se resume a atendimento de médicos. Para prestar-lhes ampla proteção, podem ser necessários psicólogos, fisioterapeutas e outros profissionais ligados à área da saúde (BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Estatuto da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/90)*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 34).

261 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 492.

Outra baliza do princípio da integralidade é o direcionamento das ações e serviços de saúde para uma perspectiva coletiva, não obstante devam ser observadas as especificidades individuais “para cada caso”, enquadrando-o nos vários níveis de complexidade do sistema. Trata-se de aplicação da supremacia do interesse público.

Não é difícil compreender esta perspectiva coletiva da integralidade, já que o direito à saúde envolve a adoção de políticas sociais e econômicas, todas intrinsecamente dotadas de grande alcance coletivo. Em suma, pretende o constituinte deixar claro que ações pontuais na defesa da saúde da população não são suficientes para se atingir a integralidade de assistência, tendo em vista a inexorável influências de outras variáveis, como condições de moradia, educação, renda, lazer etc.

Sem embargo, a perspectiva coletiva da integralidade deve conviver harmonicamente com as necessidades individuais de cada cidadão. Políticas públicas de cunho sanitário, social e econômica são partes de uma engrenagem que têm, também, situações individuais que devem obrigatoriamente ser atendidas pelo Sistema Único de Saúde. De fato, a integralidade também compreende um direito subjetivo do cidadão ao tratamento mais completo possível, desde simples medicamentos da rede básica até os mais avançados transplantes, segundo o conhecimento científico da época.

A integralidade de assistência pode variar conforme as terapias disponíveis para um determinado momento histórico. Basta imaginar, por exemplo, o quanto avançou o tratamento para o câncer, desde a promulgação da Constituição Federal até os dias atuais. Não há dúvidas de que hoje os médicos dispõem de muito mais instrumentos terapêuticos para combater esta grave doença do que a duas décadas atrás. Logo, os avanços científicos no combate ao câncer devem ser incorporados às rotinas de atendimento do Sistema Único de Saúde, a fim de

concretizar a integralidade de assistência.

Apesar da aparente facilidade de se delinear um modelo teórico para a integralidade de assistência à saúde no direito brasileiro, não se olvida que existem grandes dificuldades práticas para sua concretização. É que, no contexto do sistema jurídico brasileiro, o desafio é menos reconhecer a existência de direitos fundamentais sociais em geral, inclusive o direito à saúde e mais desvendar, do ponto de vista substancial, se o comando constitucional pode ser cumprido por vários meios e em intensidades e ritmos diferentes²⁶². É neste contexto, pois, que se enquadra a judicialização da saúde no Brasil. Antes de analisar especificamente o tema, é preciso tecer considerações sobre dois assuntos: a Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011 e a Política Nacional de Medicamentos.

2.4 A Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011

A judicialização excessiva do direito à saúde, iniciada em meados da década de 1990 e com crescimento exponencial do número de demandas ao longo da década de 2000²⁶³, passou a gerar grandes preocupações para os gestores do Sistema Único de Saúde.

De certa forma, a ausência de uma delimitação clara sobre o alcance da integralidade de assistência contribuiu para o incremento da judicialização, na medida em que os juízes não tinham parâmetros seguros para reconhecer direitos

262CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 53.

263Segundo o Conselho Nacional de Justiça, em 2010 tramitavam nos tribunais brasileiros aproximadamente 241 mil processos relacionados ao direito à saúde, sem contar os dados dos Tribunais de Justiça dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, que não participaram da pesquisa. Cf http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf, consultado em 25 de setembro de 2012.

subjetivos às prestações de saúde. Vários dos pedidos formulados nas ações judiciais se pautavam na “integralidade”, o que pode ser entendido como um direito a tudo, conquanto visasse à “garantia da saúde” do postulante.

Com efeito, conforme ressaltado por Mariana Filchtiner Figueiredo²⁶⁴, é no âmbito do princípio da integralidade da assistência que se travam as discussões mais difíceis – os chamados *hard cases* – envolvendo as demandas administrativas e judiciais pelo fornecimento de prestações materiais decorrentes do direito à saúde (medicamentos, exames, cirurgias, tratamentos, atendimentos especializados etc). As limitações de recursos financeiros, segundo a autora, muitas vezes deduzidas judicialmente sob o argumento da reserva do possível, traduzem dificuldades entre a integralidade almejada e a realidade do tratamento oferecido, e em quais condições.

Em muitos casos, o enquadramento do direito à saúde e do princípio da integralidade como parcela do mínimo existencial tornou-se um forte argumento levantado junto ao Poder Judiciário, tendo em vista, conforme já ressaltado neste trabalho, a sua prevalência sobre a tese da reserva do possível. Neste diapasão, não se tornou incomum a concessão judicial de variadas prestações materiais sequer prescritas nas listas do Sistema Único de Saúde, por motivos diversos, levando a certa desorganização da gestão da saúde pública.

Em razão da cláusula constitucional de inafastabilidade da jurisdição²⁶⁵, sequer se poderia esperar outra atuação do Poder Judiciário, que até então agiu legitimamente preenchendo os vazios deixados pelo legislador.

264FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. *Direito à saúde (Leis nº 8.080/90 e 8.142/90)*. Salvador: JusPodivm, p. 56.

265BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Para Alexandre Freitas Câmara, deve ser tida por inconstitucional qualquer norma jurídica que impeça aquele que se considera titular de uma posição jurídica de vantagem e, que sinta tal posição lesada ou ameaçada, de pleitear junto aos órgãos judiciais a proteção de que se sinta merecedor (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 49).

Neste contexto surge o Projeto de Lei do Senado nº 219/2007, de autoria do Senador Tião Viana, com o claro escopo de restringir o alcance normativo do conceito de integralidade de assistência. Em sua exposição de motivos, o parlamentar denota preocupação com a destinação de “grande parte” dos recursos do Sistema Único de Saúde a uns poucos usuários, em detrimento a atuação global do sistema. Observe-se suas palavras:

A garantia de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde é tão importante quanto o atendimento integral. Essa garantia só será possível se os poucos recursos destinados à saúde forem criteriosamente aplicados. Esses recursos não se multiplicam milagrosamente. Se uma grande parte deles for gasta na assistência a umas poucas pessoas, certamente uma grande parcela da população sofrerá pela falta de medicamentos destinados ao tratamento de doenças como tuberculose, hanseníase, malária, esquistossomose, dengue, aids, diabetes, hipertensão arterial, parasitoses intestinais e tantas outras.”²⁶⁶

No mesmo sentido caminhou a percepção do Senador Tasso Jereissati, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. A ideia de regulamentar “definitiva” e “minuciosamente” a expressão constitucional contida no art. 198, II da Constituição Federal - “atendimento integral” - está contida em seu parecer pela aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 219/2007, *in verbis*:

Esses argumentos evidenciam a necessidade de que o inciso II do art. 198 da Constituição Federal seja definitiva e minuciosamente esclarecido na lei, a fim de fornecer subsídios ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e aos gestores do SUS na tomada de decisões a respeito das responsabilidades do poder público no que diz respeito à atenção à saúde.”²⁶⁷

De forma mais clara, o Senador Eduardo Azeredo, relatando o projeto de lei junto à Comissão de Assuntos Sociais do Senado, exarou o seguinte entendimento:

266Cf. <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/9923.pdf> , consultado em 15 de setembro de 2012.

267Cf. <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/74036.pdf> , consultado em 15 de setembro de 2012.

Nesse sentido, não é possível se fazer a leitura dos ditames constitucionais e legais relativos à integralidade de atenção à saúde como obrigatoriedade de o SUS ofertar tudo aquilo que se destina a promover, proteger ou recuperar a saúde, ou “tudo para todos”. Como muito bem expressou o relator do Parecer da CCJ, aquela atenção integral não pode implicar em responsabilidade ilimitada do poder público em atender à totalidade das necessidades coletivas e individuais, no que diz respeito à saúde, nem que todo o arsenal diagnóstico e terapêutico de que a medicina dispõe deve ser, obrigatoriamente, ofertado.²⁶⁸

É importante destacar que o Projeto de Lei do Senado nº 338/2007, de autoria do Senador Flávio Arns, pretendia ver transformada em norma jurídica exatamente uma pretensão contrária. Segundo a proposição legislativa, os usuários do Sistema Único de Saúde teriam direito irrestrito a qualquer prestação em saúde, desde que adequada à sua recuperação²⁶⁹. De acordo com as razões exaradas pelo parlamentar na justificativa do Projeto de Lei, o alcance do art. 196 da Constituição Federal não pode conviver com limitações de ordem infraconstitucional, o que levaria à impossibilidade de vedar o acesso dos usuários do Sistema Único de Saúde calcada em listas elaboradas por seus gestores²⁷⁰.

Prevaleceu a posição do Projeto de Lei nº 219/2007, que se tornou a Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, alterando e incluindo diversos dispositivos da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. A abordagem do conteúdo da novel lei e de suas repercussões na busca pela racionalização da prática judiciária do direito à saúde no país será discutida adiante neste trabalho, em tópico próprio.

268Cf. <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/77334.pdf>, consultado em 15 de setembro de 2012.
269Segundo o art. 1º do Projeto de Lei do Senado nº 337/2007, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 passaria a ter um novo art. 19-L, cujo teor era o seguinte: Art. 19-L. Fica assegurado que a dispensação de medicamentos e produtos de saúde constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS não exige o Poder Público de fornecer outros medicamentos e produtos de saúde não listados, obedecendo ambas as dispensações ao disposto neste Capítulo. Cf. <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/10412.pdf> em 06 de outubro de 2012.

270Eis um trecho dos fundamentos do Senador Flávio Arns: “Assim, tenho por acertado o entendimento firmado pelos usuários de medicamentos não constantes nas tabelas, no sentido de que o direito à saúde não é norma constitucional de eficácia contida. O direito à saúde é, sem sombra de dúvida, norma constitucional de aplicabilidade imediata, produzindo efeitos positivos imediatos que não podem ser restringidos por legislação infraconstitucional, por meio de condicionantes à sua incidência”. Cf. <http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/10412.pdf> em 06 de outubro de 2012.

2.5 A Política Nacional de Distribuição de Medicamentos

A assistência farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde segue a Política Nacional de Medicamentos, instituída pela Portaria nº 3.918/98, do Ministério da Saúde. O declarado objetivo desta política pública é racionalizar os esforços dos entes federativos para atender com eficácia a maioria dos problemas de saúde pública no Brasil. Uma de seus instrumentos é a adoção da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS²⁷¹.

A RENAME é uma lista nacional, organizada pela União, por meio do Ministério da Saúde. Permite-se ainda que Estados, Distrito Federal e Municípios possam criar listas específicas e complementares, desde que observadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento dos medicamentos e a prévia pactuação realizada entre os gestores do Sistema Único de Saúde²⁷².

Há, portanto, legítima preocupação com o princípio constitucional federativo, respeitando-se a organização pactuada de distribuição de atribuições no fornecimento de medicamentos ao cidadão. Além disso, todos os membros da federação têm competência material para atuar em saúde pública²⁷³, uma tradição constitucional brasileira.

271BRASIL. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Art. 25. A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.

272BRASIL. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Art. 27. O Estado, o Distrito Federal e o Município poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.

273De acordo com o art. 23, II da Constituição Federal, todos os entes federados – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – têm competência para “*cuidar da saúde e assistência pública*”.

Considerando os progressos das ciências médicas, o ponto chave para que RENAME atinja os escopos pretendidos é a sua contínua atualização. Com efeito, os medicamentos contidos na lista nacional devem representar o mais recente e eficaz meio de tratamento à respectiva doença, motivo que exige que a RENAME sempre contemple as mais avançadas alternativas terapêuticas²⁷⁴.

Para isso, se houver necessidade de incorporação, exclusão ou inclusão de novos medicamentos na lista nacional, cabe a instauração de um processo administrativo^{275 276}, no âmbito do Ministério da Saúde, a fim de verificar a viabilidade da alteração pretendida.

Uma questão relevante é a atuação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, instância técnica de assessoramento do Ministério da Saúde na elaboração da RENAME. Nos processos administrativos de verificação de viabilidade de alteração da RENAME, a Comissão tem a tarefa de emitir relatório que leve em conta, pelo menos, as evidências científicas de eficácia terapêutica do fármaco, bem como uma avaliação de custo/benefício em relação aos medicamentos já incorporados à lista nacional²⁷⁷.

274A última edição da RENAME é a oitava, de 2012, publicada pela Portaria n° 533/2012 do Ministério da Saúde.

275BRASIL. Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990. Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. [\(Incluído pela Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

276BRASIL. Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990. Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem. [\(Incluído pela Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

277BRASIL. Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990. Art. 19-Q (...) § 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: [\(Incluído pela Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#) I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; [\(Incluído pela Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#) II - a avaliação

Destarte, observa-se que a RENAME concilia, ao menos do ponto de vista teórico, os interesses dos cidadãos de acesso à melhor terapia disponível para uma dada doença com os interesses de menores custos ao erário.

Considerando todos os aspectos técnicos e jurídicos que cercam a elaboração e manutenção da RENAME, paira sob a lista oficial de medicamentos a presunção de que as melhores alternativas terapêuticas ao usuário do Sistema Único de Saúde estão ali. A RENAME é, portanto, um ato administrativo, sujeito a regime jurídico que denota sua verticalidade sobre o cidadão que eventualmente impugne seus termos²⁷⁸. Logo, se alguém vai a juízo apontando uma omissão na RENAME, cabe-lhe o ônus da prova, já que o ato administrativo goza de presunção de legitimidade. Conforme se verá adiante, este ponto é relevantíssimo para se analisar os limites racionais à judicialização da saúde.

Trata-se de uma presunção própria de um ato administrativo, que pode ser elidida administrativamente ou em juízo com prova cabal de sua impertinência²⁷⁹. Em outras palavras, se um cidadão impugna a RENAME, ainda que apontando uma omissão indevida, cabe-lhe o ônus da prova.

Este ponto de vista é extremamente relevante para se discutir a

econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

278 Segundo Hely Lopes Meirelles, o ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 141).

279 Vale lembrar que, no direito brasileiro, ao contrário do que ocorre na maioria dos países europeus continentais, há unidade de jurisdição. Logo, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Não há, pois, órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 110).

judicialização da saúde, uma vez que boa parte dos objetos das ações judiciais se referem ao acerto ou desacerto do juízo administrativo realizado na confecção das listas oficiais.

CAPÍTULO 3

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

3.1 A atualidade do tema

É possível dizer que as primeiras ações que discutiam o direito à saúde chegaram às Cortes Superiores em meados da década de 1990²⁸⁰²⁸¹, demandando basicamente o direito de acesso ao fornecimento de medicamentos pelo Poder Público. Desde então, e principalmente a partir do início dos anos 2000, o número de ações judiciais relacionadas ao direito à saúde cresceu exponencialmente.

O último levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça revelou que, em setembro de 2010, tramitavam nas várias instâncias do Poder Judiciário – estadual e federal – um total de 240.890 (duzentos e quarenta mil, oitocentos e noventa) ações, sem contar os dados dos Tribunais dos Estados do Amazonas, Paraíba e Pernambuco, que não enviaram informações²⁸².

Por tratar de questões muitas vezes dramáticas, com inadiável necessidade de tutela jurisdicional por meio de liminares, várias destas ações chegaram ao

280As primeiras demandas relacionadas com o direito à saúde serão abordadas, com análise crítica da jurisprudência, nos tópicos posteriores deste trabalho.

281É interessante a reflexão de Gustavo Amaral sobre o tema: “Parece relativamente claro que na passagem da primeira para a segunda década do século XXI a prática judicial acerca do chamado 'direito à saúde' busca uma transição. Talvez em momentos já remotos, bem antes de meados dos anos 90 do século anterior, a matéria tenha sido restrita ao que o Estado se dispõe a dar. De meados dos anos 90 em diante, seguramente, se viu o predomínio de decisões que extremavam um conflito *em abstrato* entre 'a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como um direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República, ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro secundário do Estado” (AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 82).

282Cf.

http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf, consultado em 9 de outubro de 2012.

Supremo Tribunal Federal pela via da suspensão de liminar.

Em razão da aguda importância do tema, em 05 de março de 2009²⁸³, o Supremo Tribunal Federal convocou audiência pública²⁸⁴ com diversos segmentos da sociedade civil, a fim de discutir parâmetros para a prática judiciária no país²⁸⁵. Na pauta, o Tribunal arrolou a necessidade de debater a responsabilidade dos entes federados em matéria de direito à saúde e, ainda, a obrigação do Estado em fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do Sistema Único de Saúde, de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes, de disponibilizar medicamentos e tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados nos protocolos clínicos do Sistema Único de Saúde, de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do Sistema Único de Saúde.

A audiência pública durou entre 27 de abril e 7 de maio de 2009 e teve a finalidade especial de promover a participação social por meio de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade em relação ao Sistema Único de Saúde, contribuindo com o deslinde de questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde.

Já em 2010, duas iniciativas relevantíssimas do Conselho Nacional de

283Cf.

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf em 9 de outubro de 2012.

284Segundo o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 21, XVII), o relator do processo pode, se entender necessário, convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinado tema, se isto for necessário ao esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público.

285“As audiências públicas são um bom exemplo do firme propósito da Suprema Corte de que a revisão judicial deve ser feita de forma totalmente compatível com outras instituições democráticas. Se uma das principais fontes de legitimidade democrática da Corte vem da força de seus argumentos, é evidente que esta deve estar disposta a ouvir todos os setores da sociedade, especialmente em casos relativos à efetivação de direitos socioeconômicos” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 712).

Justiça também buscaram interferir positivamente na prática judiciária relacionada ao direito à saúde. O órgão editou a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, na qual pede aos Tribunais de todo o país que adotem uma série de medidas visando à apoiar magistrados e outros operadores do Direito a fim de assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais pertinentes ao direito à saúde.

Dentre as medidas, destaque-se a que recomenda que as Cortes celebrem convênios para obterem apoio técnico para auxiliar magistrados na formação de juízo sobre quadros clínicos apresentados na ações. Além disso, o Conselho Nacional de Justiça recomendou o seguimento das diretrizes apontadas na audiência pública do Supremo Tribunal Federal, realizada entre abril e maio de 2009.

Outra providência do Conselho Nacional de Justiça foi a criação do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, por meio da Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010. Um dos principais objetivos do Fórum, além do monitoramento das ações judiciais, é a proposição de rotinas processuais voltadas à organização de unidades judiciárias especializadas e, ainda, a proposição de medidas normativas para a prevenção de conflitos judiciais e definição de estratégias relacionadas ao direito sanitário.

Como se percebe, a crescente judicialização da saúde tem sido objeto de imensa preocupação dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, seja pela novidade da temática, seja por sua complexidade técnica, que muitas envolve questões em que a simples aplicação do direito positivo esbarra em situações existenciais extremas, ligadas à medicina e outras ciências da saúde, seja porque o próprio ramo do direito que trata a matéria – o direito sanitário – ainda se encontra em franco desenvolvimento doutrinário.

Neste sentido, o escopo principal deste trabalho é trazer elementos para justificar algumas posições adotadas pela jurisprudência nacional e, por outro lado, buscar o aprimoramento de outras posições jurisprudenciais que não conferem a devida eficácia ao Direito constitucional insculpido no art. 196 da Constituição Federal.

Para isso, o primeiro passo é conhecer a evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores na complexa questão da judicialização da saúde.

3.2 A evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores

Há uma natural complexidade que envolve as ações judiciais que discutem o direito à saúde, ante a infinidade de pretensões que podem ser manejadas em juízo, envolvendo uma combinação quase interminável de doenças – muitas delas raro contato até mesmo para os profissionais de saúde – e correlatas prestações – medicamentos, próteses, terapias alternativas, vagas em unidade de terapia intensiva etc.

A par desta dificuldade, frise-se a parca regulamentação legal sobre os parâmetros da integralidade de assistência, prometida pelo art. 198, II da Constituição Federal. Saliente-se, conforme já ressaltado neste trabalho, que este conjunto de fatores levou à edição da Lei nº 12.401, de 8 de abril de 2011, com espoco de disciplinar o princípio da integralidade.

Por esta razão, e tendo em conta a cláusula de inafastabilidade da jurisdição, coube ao Poder Judiciário criar as balizas para a solução dos difíceis casos concretos envolvidos nas demandas que discutem o direito à saúde. O caráter uniformizador da jurisprudência dos Tribunais Superiores acabou por criar, na consciência judiciária brasileira, uma espécie de normativa a ser seguida para

as ações que tratam do tema²⁸⁶.

Desta forma, o estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é um caminho metodológico indispensável para se compreender os parâmetros utilizados pelas Cortes na resolução das complexas questões do tema²⁸⁷.

O próximo passo deste trabalho é a análise da evolução jurisprudencial dos dois principais Tribunais do país, no que se refere ao direito à saúde. Desde logo, porém, é possível apontar ao menos três fases distintas do desenvolvimento da prática judiciária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Na primeira fase, iniciada em meados da década de 1990, denota-se a prevalência das teses da Fazenda Pública, no sentido da impossibilidade de atendimento das demandas relacionadas ao direito à saúde.

Na segunda fase, que pode ser verificada a partir de uma série de julgados do ano de 2000, as duas Cortes Superiores passam a ressaltar a necessidade de se resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, com base no mínimo existencial, para conceder pleitos ligados às prestações materiais de saúde em detrimento das teses fazendárias. Nesta etapa, é possível notar que os ministros

286O que é a jurisprudência? Significa mais do que um precedente. Pode até, ser formada com um precedente. Se o Supremo Tribunal Federal em sessão plenária, ou o Superior Tribunal de Justiça em sessão da Corte Especial decidem num julgamento, em um processo sobre determinada tese, ali estará a jurisprudência. É claro, que o prestígio dessa jurisprudência será maior com a ratificação de outros julgados. Não sendo julgamento de órgão plenário, somente pode entender-se a jurisprudência com a consolidação de julgados reiterados (ROSAS, Roberto. *Direito sumular (comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça)*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 10).

287Deve-se observar que o direito, seja na lei, seja na jurisprudência ou em outras fontes, haverá de dar acústica às mutações que se operam no cotidiano das relações sociais, vale dizer, às mudanças contínuas da sociedade, para que possa, assim, refleti-la verdadeiramente, se constitua caixa de ressonância do corpo social que organiza (LEITE, Rodrigo; JOSINO, Miguel. *Análise das divergências jurisprudenciais no STF e STJ*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 21).

se debruçam basicamente no conflito entre mínimo existencial e reserva do possível, sem maiores considerações sobre as especificidades do pedido.

Finalmente, uma terceira fase se inicia em meados da década de 2000, quando os Tribunais começam a eventualmente negar alguns pedidos ligados ao direito fundamental à saúde, analisando questões próprias das ações – medicamentos fora da lista nacional, medicamentos experimentais etc. Pode-se dizer que esta terceira fase gerou ao menos três eventos importantes para a judicialização da saúde no Brasil: a) a realização da audiência pública no Supremo Tribunal, em 2009; b) o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n° 175, em 17 de março de 2010; c) a edição da Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011.

3.2.1 Primeira fase

O contato inicial dos Tribunais com a judicialização do direito à saúde deu-se no início da década de 1990, nos primeiros anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O novo modelo de assistência à saúde, desenhado pelo constituinte, permitiu a invocação da universalidade e integralidade como argumentos hábeis a possibilitar o pleito de prestações materiais negadas – ou omitidas – na via administrativa.

Nesta primeira etapa, a jurisprudência majoritariamente se orientou pela impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde. Como exemplo ilustrativo desta fase, aponta-se o Recurso em Mandado de Segurança n° 6564/RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

STJ - RMS 6564/RS, de 23 DE MAIO DE 1996

O primeiro precedente do Superior Tribunal de Justiça que analisou diretamente um pleito de fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde é o Recurso em Mandado de Segurança nº 6564/RS²⁸⁸, apreciado em 1996 pela Corte.

Tratava-se de um mandado de segurança ajuizado por uma menor, portadora de uma rara doença – “síndrome de hipoventilação alveolar central” - e internada desde seu nascimento. A impetrante aduzia a necessidade de obter um aparelho de marcapasso, uma espécie de respirador artificial, que pudesse lhe garantir a vida, importado dos Estados Unidos, a um custo de 50 (cinquenta) mil dólares. Por esta razão, noticiava a realização de uma campanha publicitária que havia lhe garantido aproximadamente 29 (vinte e nove) mil dólares. Apontava a existência de vários requerimentos direcionados ao Governador do Estado, desde janeiro de 1994, para que fosse complementada a diferença faltante para aquisição do aparelho, todos indeferidos sob o argumento de ausência de previsão

288CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. INEXISTENCIA. DIREITO LIQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, E AQUELE RECONHECIVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PROPRIO. NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMATICAS - AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAUDE - PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIARIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO - PELA VIA DO MANDAMUS - EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETA-LAS ATRAVES DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICACIA LIMITADA, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TEM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, "OU NÃO DISPÕEM DE EFICACIA PLENA", POSTO QUE DEPENDEM, PARA TER INCIDENCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. NA REGRA JURIDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE "TODOS TEM DIREITO E O ESTADO O DEVER" - DEVER DE SAUDE - COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, "NA REALIDADE TODOS NÃO TEM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURIDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PUBLICO, OPONIVEL AO ESTADO, DE EXIGIR EM JUIZO, AS PRESTAÇÕES PROMETIDAS A QUE O ESTADO SE OBRIGA POR PROPOSIÇÃO INEFICAZ DOS CONSTITUINTES". NO SISTEMA JURIDICO PATRIO, A NENHUM ORGÃO OU AUTORIDADE E PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTARIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE. (STJ, RMS 6564/RS, Primeira Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448).

legal. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, da mesma forma, havia denegado a segurança.

O Ministro Demócrito Reinaldo, relator do feito, argumentou que as normas garantidoras do direito à saúde, na Constituição Federal, teriam natureza programática, carecendo para sua eficácia de regulamentação pelo legislador ordinário. Por esta razão, segundo o relator, não haveria direito líquido e certo a tutelar. Eis a suas palavras:

In casu, consoante se observa da inicial e demais peças do processo, a impetrante invoca, a favor de sua pretensão, regras constitucionais (art. 6º, 195, 196, 204 e 227) que, na lição dos constitucionalistas, constituem “normas programáticas”, ou, em outras palavras, “normas de eficácia limitada”. Essas normas, embora tenham imediata aplicação, “não tem força para desenvolver-se integralmente” - ou não têm eficácia plena, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de normatividade ulterior – ou de legislação complementar.

Além disso, o magistrado levantou a impossibilidade de realização de despesa sem a autorização orçamentária competente:

A satisfação do direito pleiteado, inclusive com base no preceito da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) demandaria previsão expressa de dotações orçamentárias – e com fim específico – ao menos, como acentuou a autoridade coatora, “ao nível dos programas aprovados e desenvolvidos pelos serviços de saúde pública, os quais, por seu turno, em sua execução, sujeitam-se ao rigoroso sistema de controle orçamentário.

Como se denota, o julgado cuidava de um dramático caso envolvendo a imprescindibilidade da prestação material pleiteada para a adequada tutela do direito à vida. Ainda assim, a Corte Superior acatou o argumento pelo menos duas cláusulas restritivas dos direitos fundamentais sociais: a natureza programática das normas definidoras de direitos sociais e a reserva do possível.

3.2.2 Segunda fase

Em um segundo momento, iniciado em 2000, a jurisprudência predominante passa a se filiar a um novo entendimento. Identificada a fundamentalidade material do direito à saúde, como emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana, os Tribunais superam as várias teses defensivas da Fazenda Pública para fazer valer, indiscriminadamente, os pedidos dos usuários do Sistema Único de Saúde.

Exemplos elucidativos desta posição jurisprudencial são os seguintes julgados, a seguir minudenciados: o Recurso Extraordinário nº 195192/RS e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286/RS, ambos do Supremo Tribunal Federal, e o Recurso em Mandado de Segurança nº 11183/RS, do Superior Tribunal de Justiça.

STF – RE 195192/RS – 22 DE FEVEREIRO DE 2000

Uma questão até então nova foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 195.192/RS²⁸⁹, em 2000, originariamente um mandado de segurança na instância *a quo*. Tratava-se de um pedido de menor, portador de rara doença metabólica denominada fenilcetonúria, para que lhe fosse custeado, pelo Estado do Rio Grande do Sul, medicamento importado dos Estados Unidos. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do

289MANDADO 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, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000; DJ 31/03/2000, p. 60).

Sul havia concedido a segurança.

O principal argumento deduzido pela Fazenda Pública Estadual foi a inaplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal, que teria natureza programática.

O recurso não chegou a ser conhecido, mas o Ministro Marco Aurélio, relator do feito, teceu considerações importantes sobre a questão de fundo:

No caso, restou constatada enfermidade rara e que alcança cerca de vinte crianças em todo o Estado do Rio Grande do Sul com sérios riscos para a saúde e desenvolvimento das mesmas. O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.

Como se percebe, neste caso, o Supremo Tribunal Federal não fala propriamente em mínimo existencial ou reserva do possível, mas sinaliza com a entendimento de que *“problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”*.

STJ – RMS 11183/PR – 22 DE AGOSTO DE 2000

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça começou a mudar em 2000, com o julgamento do RMS 11183/PR²⁹⁰, em 22 de agosto de 2000 e já influenciado

²⁹⁰ CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA. 1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida. 2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é

pela posição do Supremo Tribunal Federal, exarada no RE 195.192. Tratava-se de um mandado de segurança impetrado junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na qual a impetrante pretendia o fornecimento de medicamento para tratamento de grave doença neurológica – esclerose lateral amiotrófica.

A Corte Estadual denegou a segurança, sob o argumento de não ser abusiva a exigência do Estado do Paraná no sentido de que a impetrante deveria comparecer a exames clínicos atualizados para averiguar sua situação de saúde e eventual enquadramento nas rotinas do Sistema Único de Saúde.

A impetrante aviou o recurso ao Superior Tribunal de Justiça, aduzindo, dentre outros fundamentos, a existência de atestados de três médicos diferentes, ainda que não integrantes do Sistema Único de Saúde, indicando a necessidade do medicamento e, também, a preponderância do direito à vida.

É relevante apontar que neste precedente, o Superior Tribunal de Justiça deu especial atenção ao gravíssimo estado de saúde da recorrente. Em seu voto, o Ministro relator destacou algumas informações técnicas fornecidas pela Associação Brasileira de Esclerose Lateral Amiotrófica e pelo Congresso

fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196. 3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000). 4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196). 5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. 6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. 7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente. (STJ, RMS 11183/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 22/08/2000; DJ 04/09/2000, p. 121).

Internacional sobre Esclerose Lateral Amiotrófica, realizado em 1999, no Canadá, para concluir que o medicamento pleiteado teria eficácia, ainda que parcial, no tratamento da doença.

Em outra senda, o relator advertiu que questões de ordem financeira ou política - ou de “*custosa credibilidade*”, segundo suas palavras - não podem sobrepor ao direito da paciente à vida. Observe-se o raciocínio do Ministro, apontando a prevalência do mínimo existencial sobre a reserva do possível, mesmo que sem se referir a esta exata terminologia:

Penso que os argumentos articulados pelo Estado do Paraná, além de serem juridicamente inconsistentes, revelam o total desprezo por parte das autoridades públicas encarregadas da saúde no país. O Estado/recorrido preocupa-se, nitidamente, em contrapor-se à situação delineada nos autos com teses jurídicas de custosa credibilidade (desestabilização do Estado de Direito; quebra orçamentária; anarquia dos poderes; falência institucional) para negar à ora recorrente o sagrado direito à sobrevivência.

O substancioso voto do relator apresentou, em síntese, as seguintes conclusões: a vida é o bem mais precioso do ser humano, sem o que os demais valores sociais não tem qualquer significado; o eventual descumprimento de formalidades burocráticas não pode sobrepor à urgentíssima situação da saúde da recorrente; não há sentido em discutir se as normas constitucionais do direito à saúde têm natureza meramente programática, tendo em vista a relevância do seu conteúdo; a doença da recorrente é gravíssima e, portanto, a segurança foi concedida.

STF – AgRg no RE 271.286/RS – 12 DE SETEMBRO DE 2000

Um dos precedentes mais importantes do Supremo Tribunal Federal na judicialização da saúde e que serviu reiteradamente de fundamento para outras decisões judiciais, foi o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº

271286/RS²⁹¹. Pela primeira vez na Corte, o assunto é tratado com profundidade e a *ratio* da decisão demonstra a preocupação em tratar a saúde como prerrogativa indisponível.

Na oportunidade, discutiu-se a obrigação solidária do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre no fornecimento gratuito de medicamentos para pacientes portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul havia decidido que tal obrigação era, de fato, solidária entre os entes federados e, portanto, cabia o fornecimento gratuito de medicamentos contra a AIDS para pacientes destituídos de recursos financeiros, mormente em razão da Lei n° 9.313, de 13 de novembro

291 PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - 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 inconseqüente, 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. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (STF, AgRg no RE 271.286/RS, Segunda Turma. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 101)

de 1996²⁹².

No recurso, o Município de Porto Alegre sustentou a violação do art. 167, I da Constituição Federal²⁹³, que veda o início de programas e projetos não incluídos na lei orçamentária anual, argumentando ainda que caberia ao Poder Executivo o poder de iniciativa da lei de orçamento da seguridade social. Além disso, levantou a ideia de que a Lei n° 9.313/96 dependeria, para sua eficácia, de regulamento previsto em seu art. 2°²⁹⁴, razão pela qual o acórdão recorrido estaria afrontando o art. 165, III²⁹⁵ e § 5°²⁹⁶ e o art. 5°, II²⁹⁷ da Constituição Federal.

O Ministro Celso de Mello, relator, ponderou inicialmente que o direito à saúde, em razão de sua essência de direito fundamental, cria um dever para o Estado de estabelecer e implementar políticas públicas para sua proteção. Eis as suas palavras:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se

292A Lei n° 9.313, de 13 de novembro de 1996 dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores de HIV e doentes de AIDS.

293BRASIL. Constituição Federal. Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

294BRASIL. Lei n° 9.313, de 13 de novembro de 1996. Art. 2° As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

295BRASIL. Constituição Federal. Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: (...) III - os orçamentos anuais.

296BRASIL. Constituição Federal. § 5° - A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; 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.

297BRASIL. Constituição Federal. Art. 5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

terá cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Mais adiante, o Ministro Celso de Mello alude à impossibilidade se obstar pleitos judiciais que busquem a efetivação do direito à saúde:

Cumprir assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar o Ministério Público e o Poder Judiciário naquelas hipóteses em que órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

A análise dos fundamentos da decisão, contida no voto do relator e que foi adotado à unanimidade, denota que o Supremo Tribunal Federal adotou, mesmo sem menção expressa, a ideia de que o direito à saúde configura parcela do mínimo existencial e, por esta razão, deve ser obrigatoriamente concretizado pelo Poder Público. Comportamento contrário seria tido como “*intolerável omissão*”. Assim, afastou a tese fazendária de inaplicabilidade direta do art. 196 da Constituição Federal, bem como a suposta impossibilidade de que o Poder Judiciário poderia se imiscuir no orçamento público, de iniciativa exclusiva do Poder Executivo.

3.2.3 Terceira fase

Uma nova etapa da evolução jurisprudencial do direito à saúde começa a se passar em meados da década de 2000. É a ocasião em que os Tribunais superam a ideia de que o direito à saúde e sua diretriz da integralidade significaria um “direito a tudo”. Passa-se a uma análise mais minudente do caso concreto, com considerações de ordem técnica e o início, na jurisprudência, de uma série de decisões que nega aos usuários do Sistema Único de Saúde determinadas

prestações em desacordo com balizas das políticas públicas.

Este novo momento da jurisprudência brasileira culmina com a audiência pública de 2009, no Supremo Tribunal Federal, que levou, finalmente, a estipulação de parâmetros bem mais delineados para a racionalização da prática judiciária do direito à saúde. São exemplos desta fase: o Mandado de Segurança nº 8895/DF, do Superior Tribunal de Justiça, a Suspensão de Segurança nº 3073 e o Agravo Regimental na Tutela Antecipada nº 175, os dois últimos do Supremo Tribunal Federal.

STJ – MS 8895/DF DE 22 DE OUTUBRO DE 2003

No Mandado de Segurança nº 8895/DF²⁹⁸ o Superior Tribunal de Justiça se deparou com um caso complexo, que desceu à detalhes dos aspectos técnicos das ciências médicas. Tratava-se de um pedido para que o Sistema Único de Saúde custeasse tratamento de uma rara doença oftalmológica, conhecida como retinose pigmentar, em Cuba. Segundo o impetrante, somente naquele país havia tratamento eficaz para a doença.

A autoridade impetrada argumentou, dentre outros pontos, que pareceres técnicos do próprio Sistema Único de Saúde e do Conselho Brasileiro de Oftalmologia indicavam que o tratamento oferecido em Cuba não surtiria os efeitos propagados pelo autor. Assentou ainda que as regras constitucionais sobre o Sistema Único de Saúde cingiam-se ao território nacional.

298ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR. 1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da "retinose pigmentar" no Centro Internacional de Retinoses Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A Medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado. BRASIL. (STJ, MS 8895/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003, DJ 07/06/2004, p. 151).

A relatora, Ministra Eliana Calmon, em seu voto, mencionou que várias instâncias técnicas haviam indicado a ineficácia do tratamento pleiteado. Anotou que o Conselho Brasileiro de Oftalmologia considerava não haver comprovação científica do tratamento oferecido em Cuba e, por conta desta posição, o Ministério da Saúde havia editado a Portaria nº 763/94, que vedava o custeio de tratamento de retinose pigmentar no exterior. Por isso, denegou a segurança, aduzindo os riscos de desorganização do sistema de saúde com o custeio de tratamentos experimentais:

Entendo que a recusa da autoridade coatora está devidamente respaldada na conclusão do órgão técnico que congrega os especialistas. Dentro do que foi até aqui exposto, independentemente da análise do dever do Estado em patrocinar os tratamentos, alguns deles até no exterior, no específico caso da doença de que é portador o impetrante, não há recomendação médico-científica. No campo do *Direito administrativo*, sobre o tema tenho a compreensão de que o serviço médico-social, prestado pelo Estado via órgão competente, além da observância do parecer técnico, deve atentar para os critérios próprios do serviço, jungido a um orçamento e a uma política de prioridades, própria do executivo. A Medicina social a cargo do Estado tem, necessariamente, de fixar critérios para os atendimentos excepcionais, dentre os quais os dispendiosos tratamentos no exterior, sob pena de haver um comprometimento de toda a política de saúde.

A posição da relatora, apesar de vencedora no julgamento, não foi acompanhada à unanimidade. Os Ministros José Delgado e Luiz Fux restaram vencidos, mas é interessante verificar seus argumentos. O Ministro José Delgado, em breves palavras, assentou a necessidade de prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre a discussão científica em torno no caso:

Sr. Presidente, eminentes Ministros, o art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal, diz que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre tantos, é zelar pela dignidade humana e pela cidadania. Não há dignidade humana nem cidadania mais forte a ser zelada pelo Estado do que proporcionar todos os meios que sejam possíveis a quem necessita da saúde, em uma situação como a descrita, para que haja uma tentativa de solução. Não me impressiona a discussão científica a respeito porque não é o que está em jogo. O que me surpreende é que um cidadão está rigorosamente em vias de ficar cego, se já não ficou, sem

direito à luz, sem direito ao sol, enfim, ao mínimo direito do cidadão, que é a visão.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, também adotou a premissa da absoluta prioridade do princípio da dignidade da pessoa humana:

Sou um perseverante escudeiro da dignidade da pessoa humana, dos valores imanescentes à vida e à esperança do ser humano. Creio que é a nossa tarefa diuturna. De sorte que – mais uma vez parabeno a Sra. Ministra Eliana Calmon e até, de antemão, já havia pedido seu voto, porque há casos e casos –, e na dúvida, devemos opinar exatamente pela esperança de esse cidadão poder se curar em um centro mais avançado, máxime porque, muito embora haja total juridicidade na parte do voto, que esclarece a respeito da socialização da Medicina e da impossibilidade de o País atender a todos, mais uma vez, entre o direito e a justiça, ficarei com a solução que considero mais justa.

Este precedente do Superior Tribunal de Justiça inaugura uma nova perspectiva de abordagem da judicialização da saúde na Corte. Diante do aumento da demanda e da crescente complexidade dos temas, os Ministros passam a se debruçar sobre questões técnicas relacionadas às ciências médicas, iniciando uma fase em que o princípio da dignidade da pessoa humana deixa de ser um argumento absoluto para a obtenção das prestações materiais em saúde. É interessante relevar um ponto do voto da Ministra Eliana Calmom: a necessidade de fixação de critérios para o atendimento de demandas excepcionais, sob pena de risco de desorganização do sistema de saúde.

STF – SS 3073/RN DE 09 DE FEVEREIRO DE 2007

Os casos concretos trazidos ao Supremo Tribunal Federal, pela rápida via prevista na Lei nº 4.348/64²⁹⁹, passaram a ser tornar mais complexos na medida

299A Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, em seu art. 4º, permitia que a liminar ou a decisão em mandado de segurança fosse submetida ao procedimento de suspensão, junto ao Tribunal com a respectiva competência recursal, se houvesse fundado risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas (art. 4º). A Lei nº 4.348/64 foi revogada pela Lei nº 12.016/09, que manteve a previsão normativa em seu art. 15. Na visão de Leonardo José Carneiro Cunha, o pedido de suspensão não tem natureza recursal, já que recurso é somente aquele que esteja previsto ou taxado em lei como tal. Assim, o pedido de

em que os operadores do Direito compreenderam a amplitude possível do direito à saúde.

No julgamento da Suspensão de Segurança nº 3073/RN³⁰⁰, em 09 de fevereiro de 2007, decidida monocraticamente pela Presidência da Corte, discutiu-se, dentre outras questões habitualmente presentes neste tipo de demanda, a possibilidade de obrigar o Poder Público ao fornecimento de medicamento

suspensão (de liminar, de tutela antecipada, de segurança) funciona como uma espécie de “cautelar ao contrário”, devendo haver demonstração de *periculum in mora* inverso, caracterizado pela ofensa a um dos citados interesses públicos relevantes, e, ainda, um mínimo de plausibilidade na tese da Fazenda Pública. (CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 555). É relevante apontar que o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, considera que o pedido de suspensão ostenta feição política e não está sujeito, portanto, a um estrito juízo de legalidade (STJ, AgRg-Ag 121.304/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 16/12/1996; DJ 03/03/1997, p. 4636).

- 300 O Estado do Rio Grande do Norte, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no TJ/RN, que determinou àquele ente federado o fornecimento dos medicamentos Mabithera (Rituximabe) + Chop ao impetrante, paciente portador de câncer, nos moldes da prescrição médica. O requerente sustenta, em síntese: a) inadequação do mandado de segurança, pois, “em caso de pedido de medicamentos, é necessária perícia que verifique a plausibilidade da indicação médica feita pelo médico particular” (fl. 5); b) ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, porquanto a liminar impugnada viola o princípio da legalidade orçamentária (Constituição da República, art. 167), certo que “o Estado não tem previsão orçamentária para suprir a população com todos os medicamentos que esta demande, não podendo arcar com o provisionamento integral de fármacos de que necessite cada cidadão residente no território estadual” (fl. 10). Nesse contexto, ressalta a necessidade de observância da cláusula da reserva do financeiramente possível e o fato de que os medicamentos requeridos não estão inseridos no âmbito do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, estabelecido, por intermédio do Poder Executivo, conjuntamente pela União, Estados e Municípios; c) impossibilidade de o Poder Judiciário “c) impossibilidade de o Poder Judiciário “desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto” (fl. 12). Além disso, aduz que não se nega a fornecer todo e qualquer medicamento ao impetrante, apenas propõe a indicação de outros similares, uma vez que o medicamento solicitado não se encontra relacionado na lista do Ministério da Saúde; d) caráter experimental do medicamento pleiteado (Rituximabe), o qual se encontra em estudo “em razão de pesquisas haverem concluído que ele proporciona o aparecimento de hepatite nos pacientes que o utilizam” (fl. 15). 2. A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte determinou a remessa dos autos a esta Corte (fls. 36-38). 3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 45-46). 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 6º e 196 da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro

experimental. No caso concreto, tratava-se de um mandado de segurança impetrado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, em que liminarmente foi ordenado à Fazenda Pública Estadual que fornecesse ao impetrante o medicamento Mabithera (Rituximabe).

A Presidente do Tribunal, Ministra Ellen Gracie, entendeu configurada a lesão à ordem pública, seja pelo custo do medicamento, seja por não estar previsto na lista oficial de fármacos do Sistema Único de Saúde. Observe-se:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a

Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 5. A Lei 4.348/64, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, "o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo" (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência. Publique-se. (STF, SS 1073, Rel. Min. Presidente, proferida pela Min. Presidente Ellen Gracie, j. 09/02/2007, DJ 14/02/2007, p. 21).

possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas.

A decisão traz um importante parâmetro para a judicialização da saúde: medicamentos experimentais, por razões óbvias, não constam na lista oficial do Sistema Único de Saúde e, portanto, não podem ser dispensados por ordem judicial.

STF – O STA 175-AgR/CE DE 17 DE MARÇO DE 2010

As experiências trazidas pela audiência pública sobre direito à saúde e a própria prática anterior da Corte levou o Supremo Tribunal Federal, em um julgado emblemático, a estabelecer parâmetros mais definidos para o tema. Trata-se do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n° 175/CE, de 17 de março de 2010³⁰¹.

O caso concreto cuidava de um paciente, portador de uma raríssima doença – Doença de Niemann-Pick Tipo C - que necessitava do medicamento Zavesca, não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a um custo mensal estimado em R\$ 52 mil e que pleitava tal prestação em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza. O Tribunal Regional Federal da 5° Região concedeu antecipação de tutela, a fim de que fosse imediatamente fornecido o medicamento. Aviado pedido de suspensão da tutela antecipada à

301EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, STA 175-AgR/CE, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/03/2010, DJe 29/04/2010).

Presidência do Supremo Tribunal Federal, foi mantida a posição do Tribunal Regional. A União agravou da decisão e levou a questão ao Plenário da Corte.

Em síntese, a União expendeu os seguintes argumentos: violação do princípio da separação dos poderes, em razão da interferência judiciária nas políticas públicas da Administração Pública; inexistência de previsão normativa que disponha sobre a solidariedade entre integrantes do Sistema Único de Saúde, o que levaria ao polo passivo da ação apenas o ente responsável pela dispensação do medicamento; grave lesão às finanças e saúde públicas e possibilidade de efeito multiplicador.

Como se percebe, a defesa deduzida pela União permitiu ao Tribunal discutir grande parte das teses da Fazenda Pública, o que deu ao julgado a possibilidade de decidir algumas questões recorrentes na prática judiciária brasileira.

Pois bem. Na ocasião, as balizas indicadas no voto do Ministro Gilmar Mendes, foram acompanhadas à unanimidade pelo Plenário da Corte. Ei-las, de forma sistematizada e sintética³⁰²:

- a) se existe política pública e a Administração não fornece a prestação material ali prevista, o cidadão tem direito subjetivo a obtê-la. Neste caso, o Poder Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando seu cumprimento;
- b) se não existe política pública que abranja a prestação material requerida, deve-se verificar o motivo da falta de fornecimento, que pode ser b.1) uma omissão legislativa ou administrativa, b.2) uma decisão administrativa de

³⁰²Os fundamentos do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do AgRg na STA 175/CE, também estão sintetizados em doutrina, em uma das obras de referência deste trabalho (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 715-719).

não fornecê-la ou b.3) a vedação legal expressa à sua dispensação. De qualquer forma, é vedado à Administração Pública fornecer prestação material que não possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por força de lei³⁰³;

c) outro dado a ser considerado é a motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo Sistema Único de Saúde. Há casos em que se ajuíza a ação com objetivo de garantir prestação de saúde que o Sistema Único de Saúde decidiu não custear, por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Neste caso, há duas hipóteses a se considerar: c.1) o Sistema Único de Saúde fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente. Esta situação exige cautela, pois os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas adotados representam um consenso científico sobre a condução de determinada doença. São instrumentos das políticas públicas de saúde, que visam à universalidade e igualdade, principalmente porque equalizam as demandas da coletividade com a escassez dos recursos públicos para atendê-las. Assim, como regra, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde, salvo em situações excepcionalíssimas, nas quais restar assentada a ineficácia ou impropriedade da política pública existente; c.2) se o Sistema Único não fornece nenhuma prestação material para determinada doença. Neste caso, é possível que existam tratamentos experimentais, que não têm ainda comprovação científica de sua eficácia. Tais drogas, porque ainda não aprovadas pelas autoridades sanitárias, não podem sequer ser comercializadas e, menos ainda, fornecidas pelo Sistema Único de Saúde. Outra hipótese é a existência de novos tratamentos, ainda não incorporados aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde. É cediço que a burocracia administrativa pode eventualmente dificultar a incorporação destes novos tratamentos ao Sistema Único de Saúde. Assim, não se afasta a possibilidade de que a

303BRASIL. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

omissão administrativa seja objeto de impugnação judicial.

Apesar das balizas com nítido teor normativo, em razão de seu alcance abstrato e genérico, no caso concreto discutido no precedente, o Supremo Tribunal Federal concluiu que as provas juntadas aos autos atestaram a eficácia do medicamento e, por outro lado, não restou comprovada a grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas, mantendo a tutela antecipada até então deferida.

Este precedente do Supremo Tribunal Federal tem especial significado, na medida que incorpora grande parte das ponderações realizadas ao longo dos debates firmados nas audiências públicas de março/abril de 2009. Com efeito, os apontamentos trazidos à baila pelos Ministros, pelo aprofundamento do tema, certamente representam importante baliza para todos os demais órgãos do Poder Judiciário, na rotina diária de enfrentamento das milhares de ações judiciais que discutem o direito à saúde.

Outrossim, percebe-se que o julgado cuidou de abordar, de forma sistemática, algumas questões relevantes para o deslinde dos vários pedidos formulados nas ações judiciais, em especial as concernentes à falta de registro de medicamentos na ANVISA, ausência de estudos científicos conclusivos sobre determinadas prestações materiais etc.

Em suma, o caso resolvido pelo Supremo Tribunal Federal é um retrato fiel do que o trabalho qualifica como terceira fase da evolução jurisprudencial dos Tribunais Superiores, ou seja, quando se chegou mais próximo do ponto de equilíbrio existente entre as infinitas demandas dos usuários e a necessidade de organização e racionalidade do Sistema Único de Saúde.

3.3 A necessidade de parâmetros na judicialização da saúde

O imenso número de ações judiciais que discutem o acesso às prestações de saúde geram um risco para a organização geral do Sistema Único de Saúde. É que a concessão judicial excessiva e desorientada de pedidos, dos mais variados, criaram um efeito multiplicador cujo risco é a inviabilização das políticas públicas já existentes, com prejuízos ao compromisso constitucional de universalidade, integralidade e isonomia³⁰⁴. É nessa linha, também, a constatação de Patrícia Ulson Pizarro Werner³⁰⁵:

Os extremos, com que a questão da implementação do direito à saúde vem sendo trabalhada, não podem ser aceitos como interpretação justa: a) invocar o direito à vida e à dignidade da pessoa humana como um elemento genérico capaz de fundamentar o reconhecimento do direito à saúde em qualquer circunstância não pode ser aceito. Aqui prevalece o direito subjetivo à saúde com desconsideração do aspecto social, ao projeto fixado pelo Poder Constituinte originário do Sistema Único de Saúde, regido pela universalidade e igualdade e ao direito derivado à prestação. Gera privilégios e não ajuda a dar força normativa à Constituição, nem às políticas públicas desenvolvidas; b) demonstrou-se até agora que não se pode aceitar a interpretação do direito à saúde como um projeto a ser implementado no futuro, sem eficácia ou com eficácia mínima. O direito à saúde é um direito público subjetivo, positivo, que pode ser invocado no plano individual diante da omissão do Estado; c) a reserva do possível também não é um argumento que pode ser utilizado de forma isolada e simplista, por outro lado, a realidade político, social e cultural não pode ser ignorada.

Conforme já apontado neste trabalho, a judicialização da saúde tornou-se um dos temas mais discutidos nas várias instâncias da vida jurídica do país: na academia, com a profusão de trabalhos científicos dedicados à identificação e

304 Segundo Maria Filchtiner Figueiredo, “o otimismo normativo deve ceder lugar a uma posição de maior prudência que, sem propalar a garantia irrestrita de todas as possíveis dimensões de todos os direitos simultaneamente, intenta de fato maximizá-los num contexto constitucionalmente sistemático e socialmente adequado à realidade fática brasileira” (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 173).

305 *Apud* DAVIES, Ana Carolina Izidório. *Saúde pública e seus limites constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 93.

delimitação do fenômeno; nas hostes políticas, com a influência da judicialização nas políticas públicas e na rotina administrativa dos entes federados; no sistema de justiça, em razão do excessivo número de ações judiciais e seu crescimento exponencial; no dia a dia do cidadão, que passou a contar com a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para obter prestações materiais em saúde negligenciadas pela Administração³⁰⁶.

Uma das questões mais relevantes acerca da judicialização da saúde é o seu custo econômico para o erário³⁰⁷. Com efeito, como já mencionado neste trabalho, a efetivação de direitos sociais é fonte de grandes despesas estatais, seja por meio de políticas públicas, seja por meio de decisões judiciais.

De fato, ambos os caminhos são fontes – inesgotáveis, diga-se – de gastos das verbas públicas. É por isso que Ramon Fagundes Botelho, estudando a judicialização da saúde, em posição a que se filia este trabalho, assevera que o direito hoje, especialmente no que se refere a prestações materiais, que dependem de alocação de recursos pelo Estado, não pode ser analisado de forma desvinculada dos aspectos econômicos a ele inerentes^{308, 309}.

306 Deve-se observar que o maior acesso à justiça está ligado a uma maior percepção do papel ativo do Estado, com este restaurando a confiança no sistema jurídico e realizando concretamente uma facilitação do acesso ao ordenamento jurídico, sem discriminações de qualquer tipo. São medidas que, embora estejam diretamente relacionadas com a dimensão da desigualdade social, podem ser incrementadas no subsistema jurídico e que contribuirão para pressionar a efetivação de mudanças sociais (DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 217).

307 Kiyoshi Harada alerta que, quanto maior a gama de necessidades públicas, maior será a intensidade da atividade financeira do Estado. Segundo o autor, a concepção do Estado é que, em última análise, irá dimensionar o volume das finanças públicas (HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 33). Portanto, se o Estado diz que o cidadão tem direito à “assistência integral” à saúde, deve se planejar para fazer frente a estas demandas.

308 BOTELHO, Ramon Fagundes. *A judicialização do direito à saúde*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 121.

309 Direito e economia não podem andar separados, pois as relações básicas estabelecidas pela sociedade para o emprego dos recursos escassos têm caráter jurídico (ARAÚJO, Eugênio Rosa de. *Direito econômico*. Niterói: Impetus, 2010, p. 4).

É preciso, antes, socorrer-se das palavras de Luciano Benetti Timm³¹⁰, que elucida os pontos de contato entre o direito e a economia:

Porque o Direito deveria dialogar e se aproximar da Economia? Brevemente, em primeiro lugar, porque a Economia e a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, que é tão importante para a vida real em sociedade. Em segundo lugar, porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje uma das grandes estrelas, dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos. Em terceiro lugar, a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência do manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais.

Deve-se anotar que a análise econômica do direito, em seus princípios e debates mais controvertidos, é temática que perpassa os limites deste trabalho. No entanto, a simples menção a esta nova variável, a ser considerada nas decisões judiciais, enriquece as possibilidades de argumentação. É que o tratamento individualizado dado pelo Poder Judiciário a questões de natureza eminentemente econômica e coletiva muitas vezes despreza os efeitos que gerariam para além do processo³¹¹, gerando uma realidade que inviabiliza, muitas vezes, a satisfação dos interesses sociais de um modo global.

O grande mérito da análise econômica do direito, então, seria fazer com que o Poder Judiciário tenha consciência do impacto socioeconômico de suas decisões, para além do enquadramento normativo do caso *sub judice*³¹².

De fato, se o direito possui uma inescapável característica axiológica, cujas decisões – interpretações, normatizações – acabam por hierarquizar valores que

310TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 259.

311BOTELHO, Ramon Fagundes. op.cit.,p. 120.

312 Ibidem.

se colocam, no mais das vezes, em choque ou oposição, dando-se preferência a um em detrimento do outro, e que isto é algo mais do que a verificação do ponto de vista da eficiência e dos custos correlatos, não se pode menosprezar a contribuição que os ensinamentos da análise econômica do direito têm a ofertar à percepção do fenômeno jurídico³¹³.

Certamente que a ideia da análise econômica do direito não é negar ou afastar a aplicação das normas jurídicas por razões de pura racionalidade econômica. Na verdade, as considerações em torno da análise econômica do direito agregam às decisões judiciais uma valoração maior de repercussão coletiva, especialmente tendo em vista que o direito à saúde deve ser garantido essencialmente por meio de políticas públicas e econômicas e não, somente, por meio de sentenças³¹⁴.

Os Tribunais Superiores, tal como demonstrado no tópico anterior, passaram a considerar as repercussões econômicas de suas decisões, ainda que sem mencionar a análise econômica do direito de forma expressa. Basta verificar que, num momento inicial de contato com as demandas relacionadas à saúde, prevaleceu a jurisprudência que indicava a impossibilidade de que decisões judiciais pudessem interferir nas questões orçamentárias do Estado. Posteriormente, a jurisprudência evoluiu para considerar parâmetros objetivos às ações relacionadas ao direito à saúde, criando inclusive barreiras à excessiva judicialização, como restou pontuado no paradigmático julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, do Supremo Tribunal Federal. O raciocínio dos Tribunais, desde então, tem sido a racionalização da

313PETTER, Lafayette Josué. *Direito econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 31.

314Segundo Vicente Bagnoli, a análise econômica do direito implica na análise dos atos e fatos de acordo com as regras da Ciência Econômica, o que resultará naquilo “economicamente certo”. Essa informação, entretanto, é passada ao jurista, que faz ponderações sócio-jurídico-econômicas, a fim de se concluir o “justo”. A decisão do jurista, portanto, não se detém ao “certo econômico” obtido a partir de expressões meramente matemáticas; visa o “certo-justo” das teorias econômicas aplicadas à realidade social jungida às normas jurídicas, baseando-se, dessa forma, no “princípio da economicidade” (BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27).

decisões judiciais sobre o tema e a preocupação com a viabilidade do Sistema Único de Saúde.

Uma decorrência direta da necessidade de parâmetros mais precisos para a judicialização da saúde é a possível violação do princípio da isonomia. De fato, na análise de casos individuais, o Poder Judiciário concede as prestações materiais reclamadas a apenas alguns litigantes, em especial aos que podem arcar com os altos custos de uma ação judicial. A decisão judicial, por sua vez, também impõe um alto custo à Administração Pública, já que os valores necessários à concretização da ordem emanada do Poder Judiciário são retirados dos orçamentos públicos destinados à execução de políticas públicas em saúde³¹⁵.

Assim, é fácil concluir que o atendimento de demandas individuais pode inviabilizar – ou pelo menos influenciar – nas políticas públicas de saúde, gerando uma violação ao princípio da isonomia e da universalidade. Neste sentido a crítica de Ricardo Perlingeiro³¹⁶:

No entanto, em se tratando de causas de direito público, na qual esteja em jogo comportamento ou atuação administrativa de alcance geral, a isonomia que decorre da prestação jurisdicional é duplamente necessária, em função do dever de igualdade a que sempre esteve vinculada a Administração Pública na esfera material e extrajudicial. Não seria lógico que a atuação administrativa originariamente dirigida à coletividade, uma vez judicializada, fosse oponível tão somente aos que se dispuseram demandar; o Judiciário não deve ser associado a uma exegese que seja capaz de romper com o princípio da isonomia.

315 Segundo Milton Augusto de Brito Nobre, pelos números da Advocacia Geral da União, desde janeiro de 2005 até junho de 2010, a União responderia por ações na área de saúde que somam R\$ 202,7 milhões (NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. *In* NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 362.

316 PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 432.

Uma possível violação ao princípio da isonomia torna mais palpitante o exame da questão quando se analisam alguns dados estatísticos. Estudo realizado pelo Estado de São Paulo constatou que aproximadamente 77 % (setenta e sete por cento) dos remédios solicitados em um determinado período não integravam os programas de assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde³¹⁷. Neste mesmo levantamento, observou-se que, geralmente, as pessoas beneficiadas pela intervenção do Poder Judiciário são as que possuem melhores condições econômicas e acesso à informação, o que resulta em uma verdadeira assimetria do sistema³¹⁸.

De fato, segundo uma pesquisa conduzida pela Universidade de São Paulo, em que se foram analisadas um total de 130 (cento e trinta) ações judiciais, constatou-se que 63 % (sessenta e três por cento) dos autores podiam ser considerados, segundo a média brasileira, pessoas ricas, com 54 % (cinquenta e quatro por cento) destas demandas patrocinadas por advogados particulares³¹⁹.

Com efeito, esta realidade da judicialização pode gerar uma exacerbação da questão individual do autor da ação e uma certa invisibilidade para as questões, também individuais, daqueles que possam ser privados dos recursos que, necessários para a satisfação de suas pretensões, serão consumidos para atender as do autor. Ao passo que o autor está perfeitamente individualizado, ao acionar o Poder Judiciário, os indivíduos preteridos estão escondidos atrás de barreiras, de denominação variada: “Estado”, “finanças públicas”, “orçamento”³²⁰. Em suma, na ilusão de concretizar uma norma programática ou efetivar uma política pública, o

317MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 708.

318Ibidem.

319DAVIES, Ana Carolina Izidório. *Saúde pública e seus limites constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 96.

320AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 106.

conjunto das decisões judiciais acabam gerando mais desigualdades na medida em que não se atentam à universalidade com equidade³²¹.

Assim, ao menos sob uma avaliação sumária, tal quadro indica uma possível violação dos preceitos constitucionais da universalidade e isonomia, que não admitem privilégios de qualquer espécie no acesso às prestações materiais do Sistema Único de Saúde. É esta a constatação de José Reinaldo Lima Lopes³²²:

Ainda mais, temos visto algumas tentativas de responsabilização do Estado por omissão de serviços essenciais. E, no entanto, tal responsabilização é bastante complexa e difícil, visto que a maioria dos serviços omitidos são *uti universi* e não *uti singuli*, não remunerados diretamente pelos usuários, mas mantidos por meio de impostos gerais etc. Além disso, a prestação de serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros?

Além disso, outro ponto a ser considerado é o elevado custo de medicamentos no Brasil. De acordo com estudo liderado por João Biehl, professor da Universidade de Princeton, alguns fármacos no Brasil custam até duas vezes mais do que na Suécia e chegam, em certos casos, a ser treze vezes mais elevados que o índice mundial de preços³²³.

Finalmente, a influência da indústria farmacêutica é questão que deve ser igualmente apreciada na judicialização da saúde³²⁴. É que indiretamente, o Poder Judiciário, ao implementar a política da saúde pública e deferir determinados

321 DAVIES, Ana Carolina Izidório. *Saúde pública e seus limites constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 96.

322 LOPES, José Reinaldo Lima: Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010. 131.

323 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 708.

324 Ibidem.

requerimentos, pode estar contribuindo com ações artificialmente criadas por interesses privados³²⁵.

Pelo menos é o que foi observado em pesquisa de Sueli Gandolfi Dallari, em análise de ações judiciais com pedido de concessão de medicamentos, no ano de 2004, nas Varas da Fazenda Pública do Estado de São Paulo. De acordo com os dados obtidos, pelo menos 23,8 % (vinte e três vírgula oito por cento) das ações eram de autores apoiados por associações e em 35,5 % (trinta e cinco e meio por cento) dos casos aparecia expressamente o nome do laboratório farmacêutico³²⁶.

No mesmo sentido são as conclusões de Marina Amaral de Ávila Machado³²⁷. Segundo o estudo realizado sobre a judicialização da saúde no Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, observou-se uma concentração de advogados e médicos da rede particular em pedidos de dois medicamentos específicos – adalimumabe e etanercepte -, o que pode ser um indício de aliciamento de profissionais do direito e da saúde pelos laboratórios farmacêuticos.

Finalmente, dados do Ministério da Saúde apontam que o excessivo número de ações judiciais que discutem o acesso às prestações do Sistema Único de Saúde tem tido efeitos muito relevantes no orçamento do órgão. Em 2005, o montante de recursos despendidos pelo Ministério da Saúde com condenações judiciais foi aproximadamente R\$ 2,5 milhões; em 2006, R\$ 7,6 milhões; em 2007, R\$ 10,7 milhões; em 2008, R\$ 47,6 milhões; em 2009, R\$ 83,1 milhões; em 2010, R\$ 174,1 milhões; em 2011, R\$ 244 milhões e em 2012, R\$ 287,4 milhões³²⁸.

325Ibidem.

326DAVIES, Ana Carolina Izidório. *Saúde pública e seus limites constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 96.

327MACHADO, Marina Amaral de Ávila. *Acesso de medicamentos via Poder Judiciário no Estado de Minas Gerais*. 2010. 129p. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte.

No Estado de Santa Catarina, por exemplo, dados enviados ao Ministério da Saúde indicam que os valores gastos com o cumprimento de decisões judiciais subiram de aproximadamente R\$ 2,8 milhões, em 2003, para R\$ 93,4 milhões, em 2010³²⁹.

Ainda segundo o Ministério da Saúde, a excessiva judicialização tem criado alguns entraves ao funcionamento do Sistema Único de Saúde, a saber: a) decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamento por prazo muito longo, sem controle de prescrição médica; b) as ações judiciais asseguram atendimento apenas aos autores e mesmo que o Ministério da Saúde pretendesse universalizar tais prestações, isto seria impossível com o orçamento disponível; c) decisões judiciais que não levam em conta aspectos técnicos ligados ao conceito de integralidade e nem as políticas públicas já formuladas³³⁰.

3.4 Critérios de racionalidade para acesso judicial ao SUS

Como já visto, ante a novidade do tema, o grande número de demandas em trâmite nas várias instâncias do Poder Judiciário e as dificuldades teóricas e práticas de delinear as questões envolvidas, pretende-se agora neste trabalho indicar alguns parâmetros para racionalização da judicialização da saúde.

Não se trata de um caminho iniciado do zero, já que muito já foi dito e já foi feito nesta seara. Contudo, há um traço de recenticidade nas propostas que se seguem. Por um lado, é possível constatar nítida evolução da jurisprudência dos

<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Dez/17/EVOLUcaOGASTOS.pdf>, consultado em 27 de março de 2013.

329 Cf. <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Dez/17/EVOLUcaOGASTOS.pdf>, consultado em 27 de março de 2013.

330 Cf. <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2012/Dez/17/EVOLUcaOGASTOS.pdf>, consultado em 27 de março de 2013.

Tribunais Superiores, com destaque para o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, pelo Supremo Tribunal Federal, em 2010.

Este precedente, que delimitou balizas claras à atuação dos magistrados no país, foi acentuadamente influenciado pela audiência pública realizada pelo mesmo Supremo Tribunal Federal em 2009. Por outro lado, há a edição da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que positivou muitos parâmetros para o fornecimento de prestações materiais em saúde, não obstante deva-se ressaltar que existem situações concretas imagináveis que podem ultrapassar os limites normativos do novo diploma legal.

A primeira ideia que deve nortear a proposta de balizas para a racionalidade da judicialização da saúde é a realidade constitucional brasileira a respeito da inafastabilidade da jurisdição. Com efeito, o acesso à justiça é um direito fundamental, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal³³¹. Logo, quaisquer medidas legislativas, administrativas ou mesmo jurisdicionais poderão ser tidos como incompatíveis com a Constituição Federal se, de alguma forma, obstar o acesso do cidadão ao Poder Judiciário³³².

Cumprido ressaltar que, a partir do momento em que o Estado proibiu a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como consequência, ofertou-se àquele que não podia mais realizar o seu interesse através da própria força o direito de recorrer à justiça, ou o direito de ação³³³.

331BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

332Neste sentido, há dois entendimentos sumulados do Supremo Tribunal Federal. Segundo a Súmula Vinculante nº 28, é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário. E de acordo com a Súmula nº 667, a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa viola a cláusula constitucional de inafastabilidade da jurisdição.

333MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

De fato, diante da complexidade que se travam as relações sociais, é impossível evitar conflitos de interesse entre os cidadãos, ou entre estes e o próprio Estado, a respeito da interpretação dos direitos³³⁴. Por esta razão, e principalmente para se evitar que situações existenciais ficassem sem qualquer amparo estatal, a cláusula da inafastabilidade da jurisdição, por meio do direito de ação, passou a ser uma das garantias individuais mais importantes do constitucionalismo moderno.

Esse direito de ação, condicionado ou não, foi compreendido, inicialmente, como o direito à obtenção de uma sentença. Só mais tarde é que se percebeu que não bastava conferir ao jurisdicionado apenas o direito a uma sentença, sendo necessário outorgar-lhe uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva³³⁵.

Atualmente, prevalece a ideia de que a inafastabilidade da jurisdição não significa apenas o direito formal de “bater às portas da Justiça”. Mais do que isso, o direito à tutela jurisdicional significa uma garantia à ordem jurídica justa³³⁶, consubstanciada em uma prestação célere, adequada e eficaz³³⁷. Sob esta nova perspectiva, o acesso à justiça é um direito fundamental, o que exige a compreensão de que o juiz, antes de tudo, deve procurar, por meio do processo, dar tutela concreta ao direito material³³⁸. É interessante, no ponto, observar a

334THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil (teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento)*. v. 1. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5.

335MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit., p. 30.

336É interessante a visão de Daniel Amorim Assumpção Neves sobre a garantia à ordem jurídica justa ou, em outras palavras, acesso à tutela jurisdicional adequada. Segundo o autor, os altos custos econômicos do processo podem ser contornados com a assistência judiciária gratuita, prevista na Lei nº 1.060/50; os Juizados Especiais, que não oneram os litigantes; os juizados itinerantes e a atuação da Defensoria Pública. Além disso, outro pilar importante da ordem jurídica justa é a criação da tutela jurisdicional coletiva, com sua legislação específica, tais como a lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/85) (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método (GEN), 2009, p. 19.

337DIDIER Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 75.

338MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 136.

abordagem dada por Luiz Guilherme Marinoni³³⁹:

O direito fundamental à tutela jurisdicional, além de ter como corolário o direito ao meio executivo adequado, exige que procedimentos e a técnica processual sejam estruturados pelo legislador segundo as necessidades do direito material e compreendidos pelo juiz de acordo com o modo como essas necessidades se revelam no caso concreto.

Vale dizer que o processo civil brasileiro é todo estruturado em função da tutela jurisdicional individual, como é possível constatar da simples leitura dos artigos que compõem o Código de Processo Civil. Contudo, e principalmente depois da edição da Constituição Federal, um agudo desenvolvimento dogmático do processo coletivo no direito brasileiro.

Assim sendo, sob a perspectiva do acesso à justiça como direito fundamental, deve-se ressaltar que a instrumentalização de uma demanda frente ao Poder Judiciário também pode ser feita por meio do processo coletivo. É que a sociedade moderna caracteriza-se por uma profunda complexidade, com nítida ampliação do rol de direitos – mormente os direitos de terceira geração, já mencionados neste trabalho. Assim, tais direitos, marcados pela transindividualidade, não pertencem só a um indivíduo; antes, são de toda a coletividade. É, portanto, neste contexto, que se insere o processo coletivo.

A análise acerca dos pedidos formulados em ações individuais, que busquem o fornecimento de prestações materiais em saúde, deve partir do regramento instituído pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. De fato, há agora uma disciplina legal acerca do alcance do direito subjetivo do cidadão à assistência terapêutica integral prometida pelo constituinte.

Assim, nos termos da novel legislação, que alterou a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, o Sistema Único de Saúde se obriga a fornecer medicamentos

339Ibidem.

e produtos de interesse para a saúde, desde que a prescrição do profissional de saúde esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolos clínicos para a doença ou agravo. Da mesma forma, procedimentos terapêuticos devem ser disponibilizados, em regime domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, de acordo com as tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde.

Com base nas premissas legais, é possível separar o conjunto de situações que surgem perante o Poder Judiciário, o que será objeto de análise nos específicos que se seguem.

3.4.1 Tratamento previsto em lista oficial

Esta primeira situação suscita poucas questões a serem discutidas. Com efeito, havendo o protocolo clínico do Ministério da Saúde para determinada doença, indicando um ou mais medicamentos para tratamento e existindo a previsão de fornecimento deste fármaco na RENAME, está configurado o direito subjetivo do cidadão à obtenção da prestação material³⁴⁰.

Neste caso, é importante frisar que, do ponto de vista da sistematização dos argumentos a serem apresentados ao Poder Judiciário³⁴¹, o direito subjetivo do cidadão não está fundado apenas em um pretense amplo alcance do art. 196 da Constituição Federal, como um suposto “direito a tudo”. Na verdade, a raiz desta prerrogativa do cidadão é obrigação da Administração Pública em respeitar o princípio da legalidade, uma vez que o art. 19-M da Lei nº 8.080, de 19 de

340 Paulo Nader diz que, a rigor, não se pode falar em direito subjetivo destacadamente da ordem positiva. Direito subjetivo, na visão do insigne autor, haverá na medida em que o direito objetivo dispuser. (NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense (GEN), 2011, p. 48).

341 Em razão do objetivo deste trabalho em apresentar parâmetros para a racionalização da atividade judicial no país, no que se refere ao direito à saúde, é pertinente igualmente apresentar argumentos sistematizados para o convencimento judicial.

setembro de 1990, incluído pela Lei nº 12.403 de 8 de abril de 2011, aponta claramente o direito aos medicamentos previstos na diretriz terapêutica de determinada doença ou agravo:

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em: [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Anote-se ainda que os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde, bem como as tabelas elaboradas pelo seu gestor federal são determinadas por portarias do Ministério da Saúde. Estes atos normativos devem ser indicados pelo autor da ação, já que são a essência do direito pleiteado.

Apenas para ilustrar, imagine-se a seguinte situação. Um usuário do Sistema Único de Saúde recebe o diagnóstico de osteoporose³⁴². Segundo o protocolo clínico do Ministério da Saúde, um dos tratamentos indicados é a reposição de cálcio para os ossos, por meio de doses diárias de um medicamento chamado Carbonato de Cálcio³⁴³, que está previsto também na RENAME³⁴⁴. Se este usuário não encontra o Carbonato de Cálcio disponível nos postos do Sistema Único de Saúde, poderá manejar, com sucesso, uma ação em face do

342A osteoporose é uma doença que acomete os ossos, causando a diminuição de sua densidade e levando à um maior risco de fraturas.

343Cf. www.portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/pcdt_osteoporose_livro_2002_.pdf, consultado em 10 de novembro de 2012.

344Cf. www.portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/anexos_rename_2012_pt_533_27_09_12.pdf, consultado em 10 de novembro de 2012.

Poder Público para que lhe seja disponibilizado o medicamento.

Observe-se que, neste caso, recomenda-se que a petição inicial invoque não só o art. 196 da Constituição Federal, mas também o dever da Administração Pública em respeitar o princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Carta Magna³⁴⁵ e, ainda, a regra do art. 19-M da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, bem como todas as portarias do Ministério da Saúde pertinentes – assim, por exemplo, a que determinou o protocolo clínico e diretriz terapêutica da doença do autor da ação e, também, a que estipulou a RENAME. De qualquer forma, caso o autor da ação assim não faça, poderá o magistrado responsável pelo feito aduzir tais fundamentos para condenar a Fazenda Pública ao fornecimento da prestação material pleiteada.

Nas hipóteses discutidas neste tópico, quase sempre poderão ser detectados problemas de gestão administrativa no Sistema Único de Saúde. Uma postura passível de ser adotada pelo magistrado que conhecer da ação é, após a sentença, oficiar os órgãos de controle da Administração Pública – tais como o Ministério Público e os Tribunais de Contas – a fim de que se abra uma via extrajudicial para resolução do problema verificado, sob um panorama coletivo. Uma alteração legislativa poderia incluir tal obrigação ao juiz, no momento da sentença.

3.4.2 Tratamento previsto em lista oficial para doença diversa do pretendida

Uma questão extremamente importante na judicialização da saúde são as ações judiciais que pleiteiam medicamentos previstos em lista oficial, mas com objetivo de tratar doença diversa da ali apontada. Em outras palavras, trata-se de

345BRASIL. Constituição Federal. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...).

pedido de uma droga indicada, na lista oficial, para uma determinada doença, mas que o autor formula requerimento para que seja fornecida para tratar outra doença.

A adequada compreensão da Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011, que atualizou a Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, torna possível o atendimento, pelo Sistema Único de Saúde, de pedido formulado nestes termos.

De acordo com o art. 19-M da Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, incluído pela Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011, a prescrição de uma prestação material em saúde, conforme as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou agravo à saúde, gera o direito à saúde do cidadão que a pleiteie. Na falta deste protocolo ou diretriz terapêutica, a prestação material solicitada poderá ser fornecida, desde que conste nas listas oficiais elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde, consoante dispõe o art. 19-P da Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Assim sendo, se existe a lista oficial, é cabível supor que a Administração Pública já se planejou para dispender recursos públicos com os itens ali constantes. Logo, nenhum argumento de reserva do possível ou de norma programática pode ser aceito. Ademais, a vida e saúde do cidadão não pode ser comprometida por motivos de ordem burocrática³⁴⁶. Enfim, as alterações dadas à Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990 pela Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011 não deixam dúvidas sobre a possibilidade de se atender ao cidadão nestes casos.

3.4.3 Tratamento previsto em lista oficial, mas não adequado ao caso concreto

Uma demanda frequente na prática judiciária é a ação que questiona a prestação de saúde prevista nas listas oficiais do Sistema Único de Saúde, mas

346 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 707.

não apropriado ao caso concreto trazido pelo autor.

Deve-se observar que tal pedido se fundamenta na suposta inadequação das listas oficiais, sobre as quais paira todos os atributos do ato administrativo: presunção de legalidade, veracidade e legitimidade. As listas oficiais elaboradas pelo gestor do Sistema Único de Saúde tem a favor de si a presunção de que representam a melhor alternativa para tratamento de determinada doença, tanto do ponto de vista técnico quanto do ponto de vista da alocação dos recursos públicos.

A elaboração de um protocolo clínico ou diretriz terapêutica de determinada doença envolve uma complexa análise, a cargo da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde, que envolve variáveis técnicas e econômicas. Esta é uma das novidades da Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, trazida pela Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011, de acordo com o recente § 2° do art. 19-Q, *in verbis*:

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: [\(Incluído pela Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; [\(Incluído pela Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível. [\(Incluído pela Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

Conforme a expressa dicção legal, a análise realizada pela Comissão envolve fatores de ordem técnica e econômica. Quanto ao primeiro juízo, são levadas em conta as evidências científicas não só sobre a real efetividade da prestação de saúde quanto à capacidade de debelar ou minimizar os efeitos das doenças, mas também quanto à segurança da droga, no que se refere aos

possíveis efeitos colaterais.

A novel legislação adotou a chamada medicina baseada em evidências. Trata-se de um modelo de tomada de decisões na prática da medicina, visando ao melhor resultado de acordo com a disponibilidade de conhecimentos científicos do momento. Observe-se as seguintes explicações dos especialistas da área médica³⁴⁷:

A Medicina Baseada em Evidências é o uso consciente, explícito e judicioso das melhores evidências atuais disponíveis para a tomada de decisões acerca do cuidado com os pacientes. Isso exige mais do que entender a fisiopatologia da doença, ter experiência clínica (pessoal ou do serviço) ou contar com a opinião de peritos (professores, palestrantes de congressos, autores de capítulos de livros-texto bem-conceituados). Sempre que possível, as decisões devem ser baseadas em evidências de investigações clínicas que quantificam benefícios, riscos e custos.

A Medicina Baseada em Evidências contrapõe-se à Medicina Baseada na Autoridade – caracterizada pela opinião exclusiva do especialista – fundando a prática médica de acordo uma compreensão científica dos dados disponíveis do paciente³⁴⁸.

É por isso que uma das premissas para a incorporação de qualquer tecnologia às listas oficiais do Sistema Único de Saúde é a comprovação, por parte do interessado, de que a prestação de saúde é, no mínimo, tão segura e eficaz quanto as outras já disponíveis à população³⁴⁹.

347DUNCAN, Bruce B. e SCHMIDT, Maria Inês. Medicina Baseada em Evidências. *Medicina Ambulatorial: Conduas de Atenção Primária Baseadas em Evidências*. Porto Alegre: Artmed, 2004.

348De acordo com Mariana Filchtiner Figueiredo, a pretensão ao fornecimento de tratamentos experimentais ou de medicamentos com eficácia e segurança duvidosa questiona os limites da integralidade garantida pelo SUS e se contrapõe à Medicina Baseada em Evidências (*Evidence Based Medicine*) e ao Uso Racional de Medicamentos (FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à saúde (Leis n° 8.080/90 e 8.142/90)*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 56).

349Trata-se de uma exigência preliminar a ser cumprida pelo interessado na inscrição da prestação de saúde nas listas oficiais do Sistema Único de Saúde. O pedido de incorporação deve ser instruído, desde logo, dentre outras exigências, com “evidência científica que demonstre que a tecnologia pautada é, no mínimo, tão eficaz e segura quanto aquelas disponíveis no SUS para determinada indicação”, conforme o art. 15, III do Decreto n° 7.646,

Por outro lado, a economicidade da tecnologia também é avaliada pela Comissão, segundo um juízo de custo-benefício dos recursos públicos, já que a preocupação central da gestão em saúde pública é a observância do acesso universal e igualitário das ações e serviços de saúde, o que só é viável diante da mais eficiente alocação das escassas verbas disponíveis para as infinitas demandas. É, portanto, a positivação da análise econômica do direito especificamente no direito sanitário.

Portanto, é fácil constatar que as listas oficiais do Sistema Único de Saúde são elaboradas após uma complexa análise multifatorial, o que torna particularmente difícil a sua impugnação judicial. Junte-se a esta dificuldade uma barreira de ordem instrumental, já que a produção de provas nas ações que discutem o direito à saúde envolve temas de pouca familiaridade aos operadores do Direito.

Por tais razões, o autor da ação tem dois caminhos pelos quais pode obter a prestação pleiteada: a) demonstrar o desacerto do juízo realizado pela Administração Pública, na elaboração do protocolo clínico ou diretriz terapêutica; b) demonstrar que as condições clínicas específicas de seu organismo não permitem se beneficiar da prestação oferecida pelo Sistema Único de Saúde.

Reconhece-se que a primeira alternativa envolve uma dificuldade probatória imensa a cargo do demandante individual. É no âmbito das ações coletivas que a discussão acima referida se daria com maior propriedade.

A segunda alternativa é mais viável do ponto de vista probatório, ainda que

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

se reconheça que apenas excepcionalmente é que a contestação judicial dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde poderão ser bem sucedidas, tamanha a dimensão – técnica e econômica, registre-se - da análise prévia realizada pela Administração Pública quando da elaboração de suas listas.

3.4.4 Tratamento com registro na ANVISA, mas não presente em lista oficial

Um pedido frequente na prática judiciária é aquele em que é requerida uma prestação material de saúde registrada na ANVISA, mas ainda não presente nas listas oficiais. A Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, infelizmente, não tratou de forma clara esta questão, deixando uma lacuna para os interessados na racionalidade do sistema.

De acordo com a sistemática da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, com as alterações da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, se não houver protocolo clínico ou diretriz terapêutica para determinada doença, a dispensação de medicamentos deve seguir as listas oficiais, tanto as do gestor federal do Sistema Único de Saúde quanto dos gestores dos demais entes federados. É o que se depreende do art. 19-P:

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

Como se percebe, a lei não apresenta uma solução positivada para a situação aqui discutida.

Conforme já ressaltado em tópico anterior deste trabalho, as listas oficiais de medicamentos têm natureza jurídica de ato administrativo, razão pela qual gozam de todos os seus atributos: presunção de legitimidade, presunção de veracidade e autoexecutoriedade. Contudo, há casos em que o ato administrativo ainda não foi emitido, podendo-se então falar em omissão administrativa.

Observe-se que a elaboração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas pelo Sistema Único de Saúde segue um procedimento devidamente previsto em lei³⁵⁰, em instância própria – a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde. Esta previsibilidade atende aos requisitos de segurança jurídica e é altamente desejável, tendo em vista as grandes repercussões sociais da incorporação ou exclusão de determinada prestação de saúde nas listas oficiais.

Por outro lado, esta burocracia administrativa pode não seguir – e comumente não segue – a mesma velocidade da evolução do conhecimento científico. A elaboração dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas é medida que qualifica a distribuição das verbas públicas, tanto do ponto de vista técnico quanto da economia na alocação dos recursos.

350 Segundo o art. 19-R da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, incluído pela Lei nº 12.403 de 8 de abril de 2011, o processo administrativo para que haja incorporação, alteração ou exclusão de prestações de saúde nas listas oficiais, a cargo da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde, deve ser concluído em, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias, admitindo-se prorrogação de até mais 90 (noventa) dias, quando as circunstâncias exigirem. Como se percebe, o prazo do processo administrativo pode chegar a 270 (duzentos e setenta) dias, ou seja, aproximadamente 09 (nove) meses.

Além disso, a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta, tal como ressaltado e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do Sistema Único de Saúde a tratamento prestado pela iniciativa privada³⁵¹. Sob tal perspectiva, denota-se que a omissão administrativa esvaziaria o princípio constitucional da integralidade.

Um caso inserido neste contexto foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 2º Região, a Apelação/Reexame Necessário nº 201051010206155³⁵². Uma

351 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 718.

352 CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LUPUS ERITEMATOSO SISTÊMICO E NEFRITE REFRATÁRIA A CICLOFOSFAMIDA E MICOFENOLATO MOFETIL. DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CRFB/88. DEVER DO ESTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO, OS QUAIS COMPÕEM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. RECURSOS E REMESSA DESPROVIDOS. - Cinge-se a controvérsia ao fornecimento de medicamento RITUXIMAB (4 frascos de 500mg) ou outro que venha a substituí-lo, necessário ao tratamento médico da autora, haja vista ser portadora de Lupus Eritematoso Sistêmico (CID M32.1) e Nefrite Refratária a Ciclofosfamida e Micofenolato Mofetil. - A jurisprudência pátria, diante do comando constitucional previsto no artigo 196 - segundo o qual a saúde é direito de todos e dever do Estado -, é assente em reconhecer o direito dos cidadãos à obtenção de tratamento médico eficaz e gratuito, o qual deve abranger, quando necessário à cura dos pacientes hipossuficientes, o fornecimento gratuito da medicação essencial ao combate às doenças ou à manutenção da saúde, de modo a preservar uma condição de existência, ao menos, minimamente condigna, em absoluto respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CRFB/88). - O Pretório Excelso, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária- (AI 808059 AgR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJE-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-13 PP-03289). - Assim, não merece prosperar a alegação da recorrente quanto à ilegitimidade passiva ad causam, uma vez que, sendo solidária a responsabilidade dos entes federados no cumprimento dos serviços públicos de saúde prestados à população, detendo competência e legitimidade para integrarem o polo passivo das demandas de fornecimento de medicamentos. Precedentes do STF. - A alegação da União de que o fornecimento do medicamento em questão, por destinar a tratamento de Lupus Eritematoso Sistêmico, não é procedimento padronizado do SUS, não é capaz de afastar a sua ilegitimidade para fornecê-lo. - A ausência de inclusão de medicamento em listagem não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portadora de moléstia grave, crônica e autoimune, desde que receitado e comprovada a sua necessidade, o que ocorreu, in casu. - Precedente da Oitava Turma Especializada desta Corte citado. - Comprovada nos autos a necessidade do remédio postulado, como condição essencial à preservação da saúde da demandante, elemento integrante do mínimo existencial, em observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, impõe-se a manutenção da sentença. - Igualmente não merece prosperar a tese do Estado do Rio de Janeiro alegando a necessidade de o laudo médico ser da rede pública

menor, portadora de lúpus eritematoso sistêmico, requereu o fornecimento do medicamento Rituximab, não previsto na RENAME. A União, por sua vez, argumentou que a droga pleiteada não estava entre aquelas disponíveis pelo Sistema Único de Saúde.

A decisão, tomada já sob a vigência da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que alterou a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, considerou, em linhas gerais, que a necessidade comprovada do uso do medicamento não pode ser obstaculizada por mera omissão administrativa. Observe-se, no ponto, excerto do voto da relatora, Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima:

Ademais, insta salientar que a ausência de inclusão de medicamento em listagem não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portadora de moléstia grave, crônica e autoimune, desde que receitado e comprovada a sua necessidade, o que ocorreu, *in casu* (fls.17/21).

Este precedente aponta que o interessado na prestação de saúde não incluída nas listas oficiais deve, na fase probatória do processo, demonstrar

de saúde, na medida em que a autora trouxe aos autos documento emitido pelo Instituto de Puericultura e Pediatria Martagão Gesteira, pertencente à Universidade Federal do Rio de Janeiro, conveniado ao SUS, atestando a doença inflamatória crônica autoimune da autora, diagnosticada como portadora de Lupus Eritematoso Sistêmico (CID M32.1) e Nefrite Refratária a Ciclofosfamida e Micofenolato Mofetil. - Impende salientar que não consta do laudo, tampouco do receituário médico, qualquer menção a alternativas terapêuticas fornecidas gratuitamente pelo SUS, conforme alegado pelo Estado, capazes de trazer eficácia à moléstia acometida pela autora. - O argumento de que o acolhimento do pedido inicial implicará considerável aumento no gasto público (não previsto no orçamento) não pode ser óbice para a preservação dos direitos constitucionais fundamentais, como a saúde e a própria vida. Precedentes do STF. -Em relação à violação ao princípio da Separação dos Poderes, verifica-se que, em que pese a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não poder se dar de forma indiscriminada, a Administração Pública, ao violar direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, torna sua interferência perfeitamente legítima, servindo, portanto, como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada. - Nos termos do art. 198 da CRFB/88, a descentralização deve ser uma das metas do Sistema de Saúde, com vistas a maior eficiência na prestação do Serviço Público, e não como entrave burocrático, havendo que se garantir, prioritariamente, a celeridade e continuidade no atendimento ao cidadão, sobretudo em casos como o dos autos, por meio do fornecimento imediato de medicamentos especiais a todos que deles dependam, sob pena de violação ao princípio constitucional do direito à vida e à saúde. - Recursos da União e do Estado do Rio de Janeiro desprovidos e remessa desprovida. (TRF-2, APELRE 201051010206155, Oitava Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Vera Lúcia Lima, j. 26/09/2012, DJe 03/10/2012)

cabalmente não só a sua doença, mas também a eficácia do medicamento. Neste sentido é advertência de Gilmar Ferreira Mendes³⁵³, em obra doutrinária:

Assim, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, há a necessidade de adequada instrução das demandas de saúde, para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.

Destarte, a fase de instrução das ações que discutem o acesso do cidadão às prestações de saúde é uma grande dificuldade para os operadores do direito, ante a especificidade técnica das questões que envolvem as ciências da saúde. A assistência de profissionais especializados é praticamente obrigatória.

É por este motivo que o Poder Judiciário deve, com prioridade, dar cumprimento à Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que prevê a implantação de apoio técnico, composto por médicos e farmacêuticos, para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde.

3.4.5 Tratamento experimental ou de uso não autorizado pela ANVISA

Segundo a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, com as alterações da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, é expressamente vedado, a quaisquer das esferas do Sistema Único de Saúde, a dispensação de tratamentos experimentais ou de uso não autorizado pela ANVISA:

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: [\(Incluído](#)

353 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 719.

[pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011\)](#)

Tratamento experimental é aquele não submetido a estudo científico conclusivo acerca de sua eficácia. A prestação de saúde objeto do tratamento experimental ainda está sob avaliação, não havendo dados conclusivos tanto quanto a sua força para debelar determinada doença mas também quanto aos possíveis efeitos colaterais advindos do seu uso. O acesso a tais drogas deve se limitar ao ambiente de estudo, conforme as regras de ética médica³⁵⁴. O Sistema Único de Saúde não deve ser obrigado a custear um tratamento experimental.

Por outro lado, segundo a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, prestações de saúde de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) também não podem ser fornecidas pelo Sistema Único de Saúde. Trata-se de regra que ressalta uma lógica prevista na própria Constituição Federal, já que uma das atribuições do Sistema Único de Saúde, na sua missão de promover a saúde da população, é o exercício de atividades de vigilância sanitária³⁵⁵. Logo, não é de se estranhar que, se a vigilância sanitária não autoriza o uso de determinada prestação de saúde, não seja o Sistema Único de Saúde obrigado a fornecê-la ao cidadão.

As atividades da vigilância sanitária compreendem um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da

354As pesquisas científicas envolvendo seres humanos estão sujeitas às regras da Resolução nº 196/96, versão 2012, do Conselho Nacional de Saúde.

355BRASIL. Constituição Federal. Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

prestação de serviços de interesse da saúde³⁵⁶. É por meio da vigilância sanitária que um medicamento – e outras prestações materiais em saúde³⁵⁷ - têm aferidos vários requisitos que comprovem sua segurança e eficácia. Por isso, uma das exigências para a comercialização de medicamentos no Brasil, inclusive importados, é o prévio registro na ANVISA, por expressa previsão da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976³⁵⁸.

O registro na ANVISA, porém, pode ser dispensado na hipótese prevista na Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, quando se admite a importação de medicamentos por meio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas³⁵⁹.

Aqui surge uma questão interessante de conflito de normas. De um lado, há regra peremptória, materializada no art. 19-T, I da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 e art. 12 da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que veda ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de prestações materiais de saúde, em especial de medicamentos, sem registro na ANVISA. De outro, há a excepcional possibilidade de, nos termos do art. 8º, § 5º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, importar medicamentos por meio de organismos multilaterais internacionais,

356BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Art. 6º, § 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo: I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

357O art. 8º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999 traz uma extensa lista de bens e produtos submetidos ao controle da ANVISA. Exemplificadamente, pode-se citar os medicamentos, alimentos, cosméticos, equipamentos médicos-hospitalares etc.

358BRASIL. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

359 BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Art. 8º, § 5º A Agência poderá dispensar de registro os imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros insumos estratégicos quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001](#)).

para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas, tudo sem registro na ANVISA.

Cabe ressaltar que todas as regras acima mencionadas têm a mesma hierarquia, ou seja, são leis ordinárias. Portanto, extrai-se de seus conteúdos uma aparente antinomia³⁶⁰, já que uma regra veda o fornecimento de medicamentos e outra autoriza, ainda que em situação específica.

Para melhor entendimento da matéria, é pertinente ressaltar que as antinomias são resolvidas pela adoção de um dos seguintes critérios: a) hierárquico, pelo qual a norma superior revoga a inferior, se as normas conflitantes forem de diferentes níveis; b) cronológico, que remonta ao tempo em que as normas começaram a ter vigência, restringindo-se somente ao conflito de normas pertencentes ao mesmo escalão; c) especialidade, que visa a consideração da matéria normada e, portanto, como o tipo geral está contido no especial, a norma especial prevalecerá sobre a geral³⁶¹.

Se há um conflito entre os próprios critérios de solução da antinomia, diz-se que a antinomia é de segundo grau, como é o caso dos seguintes conflitos: a) norma superior-anterior x inferior-posterior (critério da hierarquia x critério cronológico); b) norma superior-geral x inferior-especial (critério da hierarquia x critério da especialidade); c) norma especial-anterior x geral-posterior (critério da especialidade x critério cronológico)³⁶².

Em determinadas situações submetidas à apreciação do Poder Judiciário, é possível que se configure, *in concreto*, uma antinomia de segundo grau. Basta imaginar uma ação judicial com pedido de fornecimento, pelo Sistema Único de

360 Antinomias são conflitos entre duas normas em sua aplicação ao caso concreto.

361 DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 4.

362 EHRHARDT Júnior, Marcos. *Direito civil (LICC e parte geral)*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 39.

Saúde, de medicamento importado essencial à vida do autor e ainda não registrado pela ANVISA. Neste caso, cabe indagar qual a norma aplicável, já que há uma regra geral posterior – o art. 19-T da Lei nº 8.080/90, incluído pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011 – em sentido contrário a uma regra especial anterior – o art. 8º, § 5º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.

Com efeito, o caso mencionado afigura-se uma antinomia de segundo grau, já que estão conflitos não só as normas, mas os próprios critérios de solução – critério da especialidade x critério cronológico.

De acordo com lição do civilista Flávio Tartuce³⁶³, havendo um conflito de norma especial anterior e outra geral posterior, prevalecerá o critério da especialidade, dando-se aplicação à primeira norma. Logo, se o caso concreto indicar a necessidade de importação de medicamentos ainda que sem registro da ANVISA, impõe-se a aplicação do art. 8º, § 5º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999 e não do art. 19-T, I da Lei nº 8.080/80, incluído pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011.

Esta posição foi corretamente adotada em um precedente do Tribunal Regional da 1º Região, a Apelação Cível nº 200834000050639³⁶⁴. Na ocasião, um

363 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil (lei de introdução e parte geral)*. V.1 São Paulo: Método, 2007, p. 61.

364 DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ALTO CUSTO. RESERVA DO POSSÍVEL. PRESUNÇÃO CONTRÁRIA À ENTIDADE PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA. ENFERMIDADE: MUCOPOLISSACARIDOSE VI (MPS VI). REPOSIÇÃO ENZIMÁTICA COM NAGLASYME, ÚNICO TRATAMENTO EXISTENTE. DEFERIMENTO. 1. Competência solidária da União, Estados e Municípios para o fornecimento de medicamentos de alto custo, vencido o relator, que entende ser essa competência, em princípio, do Município e que a competência do Estado e da União é, sucessivamente, supletiva. 2. Na STA 175 AgR, o Supremo Tribunal Federal decidiu: "EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo

paciente portador de raríssima doença - Mucopolissacaridose VI (MPS VI), também chamada de Síndrome de Maroteaux-Lamy – pleiteava o fornecimento do medicamento Naglasyme, não registrado na ANVISA, mas registrado na EMEA³⁶⁵. A Corte entendeu aplicável a regra especial do art. 8º, § 5º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, tendo em conta a excepcionalidade do caso, dando azo à prevalência da regra especial anterior em face da regra geral posterior, ainda que sem mencionar especificamente a técnica de solução de antinomias.

regimental a que se nega provimento" (Rel. Ministro Gilmar Mendes - Presidente -, Pleno, DJe de 29/04/2010). 3. A falta de registro na ANVISA não é óbice ao deferimento da pretensão do autor - aquisição do medicamento NAGLASYME, com registro na Europa, a fim de combater a enfermidade conhecida por Mucopolissacaridose VI (MPS VI) ou Síndrome de Maroteaux-Lamy -, porquanto, em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado no país poderá ser autorizada pela ANVISA (Lei n. 9.782/1999), para uso em programas de saúde pública. 4. As razões recursais estão assentadas em que: a) "o custo de cada frasco-ampola deste remédio resulta em US\$ 1.522,50, de modo que o custo médio para o tratamento no decorrer de 06 meses varia entre R\$ 500.000,00 e R\$ 1.200.000,00, a depender do peso do paciente"; b) "o tratamento deve perdurar pela vida inteira do paciente, aflorando-se, neste aspecto, a teoria da reserva do possível"; c) "o medicamento não está registrado na ANVISA, não sendo, portanto, autorizado para comercialização no Brasil"; d) "não há comprovação de sua eficácia e segurança, pois está em fase de experimentação"; e) "em relatório do EMEA, constatou-se que o Naglazyme melhora apenas ligeiramente os sintomas da MPS VI"; f) "os países que comercializam este medicamento não o distribuem gratuitamente". 5. Haverá sempre presunção da possibilidade de prestação positiva para satisfazer a direito fundamental. É da Administração o ônus de demonstrar cabalmente o contrário, incluída prova do direcionamento dos meios disponíveis para a satisfação de outras necessidades essenciais. A simples alegação de alto custo não é suficiente para negar o fornecimento de medicamento de comprovada eficácia. 6. Sofre o autor de MUCOPOLISSACARIDOSE VI, também denominada SÍNDROME DE MAROTEAUX-LAMY, sendo-lhe receitado, por prazo indeterminado, o uso de GALSULFASE (NAGLAZYME) 5mg/5ml, administrados 2 frascos EV, semanalmente (fls. 38/39), como forma de reposição enzimática. A enfermidade, causada pela deficiência da enzima Arisulfatase B, provoca óbito precoce e graves limitações físicas, por conta da gradual evolução. 7. O relatório médico relata que o autor "apresenta, desde o nascimento, alterações físicas", a saber: "face sindrômica, com traços grosseiros, opacificação de córnea, crânio aumentado de volume, respiração nasal ruidosa com dificuldade para dormir, tem fígado e baço palpáveis, dedos das mãos curtos, encurtamento dos tendões de Aquiles, levando a alteração de marcha (pisa na ponta dos pés)". 9. Demonstrada a gravidade da doença e que o uso do medicamento em questão (NAGLASYME) é o único tratamento indicado para o caso e, mais, que dita droga, conquanto não ponha fim à doença, possibilita ao paciente melhor qualidade de vida, deve ser deferida a pretensão. Precedente deste Tribunal (AG 0005166-62.2011.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJe de 09/09/2011). 10. Negado provimento à apelação e à remessa oficial, ficando prejudicado o agravo retido da União (TRF-1, AC 200834000050639, Quinta Turma, Rel. Des. Federal João Batista Moreira, j. 30/05/2012, DJF1-e 12/06/2012).

365A EMEA é a agência oficial da União Europeia de controle de medicamentos de uso humano e veterinário. Em linhas gerais, têm atribuições semelhantes à FDA norte-americana e à ANVISA brasileira. Sua página eletrônica oficial é <http://www.emea.europa.eu/ema/>.

O relator do feito, Desembargador Federal João Batista Moreira, se louvou em entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal, exarado na já mencionada Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, segundo o qual seria possível, em situações excepcionais, a importação de medicamentos sem registro na ANVISA. Mas o magistrado também considerou, no particular, a severidade da doença apresentada pelo autor. Eis uma parte do voto:

As razões recursais estão assentadas em que: a) “o custo de cada frasco-ampola deste remédio resulta em US\$ 1.522,50, de modo que o custo médio para o tratamento no decorrer de 06 meses varia entre R\$ 500.000,00 e R\$ 1.200.000,00, a depender do peso do paciente”; b) “o tratamento deve perdurar pela vida inteira do paciente, aflorando-se, neste aspecto, a teoria da reserva do possível”; c) “o medicamento não está registrado na ANVISA, não sendo, portanto, autorizado para comercialização no Brasil”; d) “não há comprovação de sua eficácia e segurança, pois está em fase de experimentação”; e) “em relatório do EMEA, constatou-se que o Naglazyme melhora apenas ligeiramente os sintomas da MPS VI”; f) “os países que comercializam este medicamento não o distribuem gratuitamente”.

A inexistência de registro na ANVISA não é, por si só, bastante para a recusa. Nesse particular, novamente, citação de trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na STA 175:

(...)

Por tudo isso, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação. Claro que essa não é unia regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei n. 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de "registro" medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde. (sublinhei).

(...)

Demonstrada a gravidade da doença e que o uso do medicamento em questão (NAGLASYME) é o único tratamento indicado para o caso e, mais, que dita droga, conquanto não ponha fim à doença, possibilita ao paciente melhor qualidade de vida, deve ser deferida a pretensão.

É interessante notar que, no caso, o Tribunal Regional Federal da 1º Região não deixou de considerar a regra impositiva do art. 19-T, I da Lei nº 8.080, de 19

de setembro de 1990, incluída pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011 e já vigente por ocasião do julgamento. No entanto, aplicou o art. 8º, § 5º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, tendo em vista as especificidades do caso concreto.

Mesmo sem dizer expressamente, o Tribunal Regional Federal da 1º Região resolveu a antinomia aparente entre as normas com prevalência do critério da especialidade, já que a situação posta à apreciação indicava a extrema necessidade do uso do medicamento Naglasyme por parte do autor da demanda.

Acerca deste conflito de normas, cabe registrar que existe entendimento doutrinário no sentido de que haveria inconstitucionalidade caso um órgão judiciário de segundo grau deixasse de aplicar a regra do art. 19-T, I da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, incluído pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011 sem observar a cláusula de reserva de plenário, contida no art. 97 da Constituição Federal³⁶⁶, o que violaria a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal³⁶⁷³⁶⁸. Esta é a posição de Higor Rezende Pessoa³⁶⁹:

Ante o exposto, conclui-se que o fornecimento, por via judicial, de medicamento que não possua o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, constitui-se em provimento jurisdicional ilegal, nos termos do art. 12, da Lei [nº 6.360, de 23 de setembro de 1976](#)

366BRASIL. Constituição Federal. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

367BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.

368 Segundo Dirley da Cunha Júnior, as regras processuais do procedimento de controle difuso nos órgãos judiciários colegiados pretenderam emprestar um caráter de concentração e objetivação ao controle difuso-incidental exercido no âmbito dos Tribunais (CUNHA Júnior, Dirley. *Controle de constitucionalidade (teoria e prática)*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 141).

369 PESSOA, Higor Rezende. *Considerações sobre as decisões judiciais que concedem o fornecimento de medicamentos sem o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA*. Jus Navigandi, Teresina, [ano 17, n. 3134, 30](#) jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20982>>. Acesso em: 14nov.2012.

c/c Art. 19-T da Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, alterada pela Lei 12.401, de 28 de abril de 2011.

Outrossim, o fornecimento, por via judicial, de medicamento que não possua o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, vulnera o controle sanitário do Estado brasileiro, impossibilitando que as autoridades sanitárias verifiquem a segurança; a eficácia e a qualidade de um determinado medicamento, bem como impossibilita o exercício de poder polícia regular ou em casos de urgência, nos termos dos parágrafos 21 a 24 do presente artigo;

Ademais, o fornecimento, por via judicial, de medicamento que não possua o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, impossibilita qualquer tipo de controle de preço do produto pela Administração Pública, mormente quando se trata de dever inescusável de cumprimento de decisão judicial, não estando o laboratório sujeito às regras de fixação de preço da ANVISA, o que lhe possibilita fixar o preço que desejar em face do Estado brasileiro.

O próprio Poder Judiciário, após intenso debate no seio da audiência pública n° 04, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde, concluiu expressamente, por meio da Recomendação N° 31, DE 30 DE MARÇO DE 2010, art. I, b.2, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que os Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais devem procurar evitar autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, o que se constitui em diretriz importante, a ser seguida por todo magistrado que se deparar com ações dessa natureza.

Por fim, determinar judicialmente a dispensação de medicamento e insumos para a saúde sem o devido registro na ANVISA, implica em negar vigência aos dispositivos legais já referidos, matéria jurídica que, nos Tribunais, apenas pode ser apreciada e decidida mediante a suscitação de incidente de inconstitucionalidade, sob pena de ofensa à cláusula constitucional de reserva de plenário (art. 97, CRFB/1988), repisada na Súmula Vinculante n° 10 do Pretório Excelso.

Na verdade, com todas as vênias ao entendimento contrário, este trabalho se filia à posição, já apresentada, de que não há propriamente inconstitucionalidade na não aplicação do art. 19-T, I da Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990 – e também do art. 12 da Lei n° 6.360, de 23 de setembro de 1976 – por parte dos Tribunais. Como ressaltado, trata-se de genuína antinomia de segundo grau, resolvida pela prevalência do critério da especialidade.

Certamente que a questão é bastante nova e será enfrentada pela jurisprudência. No entanto, tendo em conta a necessidade de racionalizar a judicialização da saúde nos tribunais brasileiros, e tendo em vista a *ratio* do art. 8°, § 5° da Lei n° 9.782, de 26 de janeiro de 1999, o caso concreto poderá indicar a

aplicação do citado dispositivo, sem que se fale em violação ao art. 97 da Constituição Federal ou à Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, deve-se ressaltar que o art. 8º, § 5º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999 impõe que a importação de medicamentos sem registro na ANVISA se dá por meio de organismos multilaterais, o que por si só legitima, excepcionalmente, o fornecimento pretendido. Tendo em vista que as ações judiciais discutem casos individuais, é razoável impor o critério que o medicamento tenha sido registrado em uma agência de renome internacional, como é o caso da FDA, dos Estados Unidos da América, ou a EMEA, da União Europeia³⁷⁰. É que certamente os organismos multilaterais de que trata o dispositivo legal exigiriam, para o dispêndio de recursos, o registro em pelo menos um destes órgãos reguladores de medicamentos.

Se a aplicação do art. 8º, § 5º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999 é excepcional, um parâmetro que pode dar contornos mais precisos a estes casos é a própria definição, pelo Sistema Único de Saúde, do que se entende por medicamentos excepcionais. Segundo a Política Nacional de Medicamentos, instituída pela Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, medicamentos de dispensação em caráter excepcional são aqueles “*utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos*”³⁷¹.

A qualificação de “excepcional”, na verdade, revela que o medicamento é aquele que constitui exceção, envolvendo doenças que, embora nem sempre

370Na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, para discutir a judicialização da saúde, Paulo Marcelo Gehn Hoff, representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo alertou para o fato de que muitas drogas comercializadas fora do Brasil são indicadas para doenças extremamente raras, o que retiraria o interesse econômico das indústrias farmacêuticas em importá-las. Nestes casos, a importação individual raramente é justificada, mas não se poderia dizer que nunca esteja justificada. Cf. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Marcelo_Hoff.pdf, consultado em 19 de novembro de 2012.

371Item 7, subitem 31 da Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, do Ministério da Saúde.

raras, atingem um número reduzido da população³⁷². Logo, são mais caros, porque são produzidos em menor escala. Apesar disso, não deixam de ser essenciais, na medida em que, dentro de sua excepcionalidade, asseguram a vida e o bem estar do usuário³⁷³.

Destarte, atendido o requisito da excepcionalidade, tal como colocado na Portaria n° 3.916, de 30 de outubro de 1998 e havendo o registro em agência estrangeira de renome, como ocorre com a FDA norte-americana e a EMEA europeia, é possível a aplicação, também excepcional, do art. 8º, § 5º da Lei n° 9.782, de 26 de janeiro de 1999, em detrimento do art. 19-T, I da Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, incluído pela Lei n° 12.401, de 28 de abril de 2011, pela aplicação do critério da especialidade. Este é um parâmetro adequado para a racionalização das demandas judiciais que pleiteiem medicamentos excepcionais não registrados na ANVISA.

3.5 Processo coletivo como meio de discussão do SUS

A par das propostas já apresentadas neste trabalho, todas focadas na discussão individual de casos concretos, levados ao Poder Judiciário por usuários do Sistema Único de Saúde, buscando solução para situações específicas, é preciso destacar também a possibilidade de racionalização da judicialização da saúde por meio de ações coletivas.

A atual sistemática processual civil brasileira é calcada na ação individual, conforme se observa da regra básica de legitimidade processual contida no art. 6º do Código de Processo Civil³⁷⁴, segundo a qual somente ao titular do direito é permitido postular em juízo, salvo exceções legais.

372DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. *Medicamentos excepcionais: MPF-PFDC*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 20.

373Ibidem.

374 BRASIL. LEI N° 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973 (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Na verdade, a dogmática do processo civil brasileiro esteve, por muito tempo, marcada pela influência do Código Civil de 1916, uma lei de cunho individualista, centrado na propriedade e no proprietário e na autonomia de vontade do cidadão. Assim, segundo aquele diploma legislativo, em seu art. 76³⁷⁵, a propositura ou a contestação de uma ação exigia “*legítimo interesse econômico ou moral*”, sendo que este último, o interesse moral, só se configuraria se a ação tocasse diretamente ao autor, ou à sua família.³⁷⁶

Desta forma, a legitimidade para postular em juízo estava, sob a égide do antigo Código Civil de 1916, com regras posteriormente adotadas pelo Código de Processo Civil de 1973, essencialmente ligada à defesa de direitos ou interesses individuais. As tutelas coletivas, ou a figura da substituição processual³⁷⁷, significariam uma exceção.

Contudo, já na época da promulgação do vigente Código de Processo Civil, na década de 1970, em especial com os trabalhos de Mauro Cappelletti, passou a surgir uma consciência não só da existência de alguns direitos de massa³⁷⁸,

375 BRASIL. LEI Nº 3.017, DE 1º DE JANEIRO DE 1916 (CÓDIGO CIVIL). Art. 76. Para propor ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

376 Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti Junior asseveram que o objetivo do legislador, no Código Civil de 1916, era a purificação do sistema, ou seja, a retirada de todos os temas que pudessem manter uma indesejável característica pública, ou de direito público, como foi explicitamente reconhecido pelo próprio mentor intelectual do Código de 1916, Clóvis Bevilácqua: “*Outra controvérsia, a que pôs termo, foi a referente à persistência das ações populares, que, no direito romano, tinham por objeto a defesa dos bens públicos. Na organização jurídica moderna, os atos que davam causa às ações populares, passaram a constituir crimes reprimidos pelo Código Penal, sendo a matéria, ora de leis de polícia, ora de posturas municipais, e algumas vezes, ofensas a direitos individuais*” (DIDIER Junior, Fredie; ZANETTI Junior, Hermes. *Curso de direito processual civil (processo coletivo)*. V. 4. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 28).

377 A substituição processual é uma forma de legitimação extraordinária. Esta, por sua vez, ocorre quando a legislação processual permite que alguém, mesmo não sendo o titular do direito material, possa defendê-lo em juízo. Um exemplo comum de substituição processual ocorre quando o Ministério Público propõe ação civil pública em defesa do direitos de todos ao meio ambiente sadio.

378 Os direitos de massa compreendem posições jurídicas que se manifestam de forma coletiva,

próprios da sociedade capitalista que amadurecia, mas também com suas repercussões processuais. Em suma, questionava-se como tratar processualmente os direitos de terceira geração³⁷⁹.

Um marco deste momento histórico é a promulgação da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, também chamada de Lei da Ação Civil Pública, concebida em um grupo de trabalho de integrantes do Ministério Público do Estado de São Paulo e posteriormente encampada pelo Poder Executivo Federal e devidamente encaminhada ao Congresso Nacional³⁸⁰.

Com a edição da Constituição Federal de 1988, em especial com a cláusula da inafastabilidade da jurisdição, contida no art. 5º, XXXV, e com o enunciado de direitos coletivos no bojo do próprio rol de direitos fundamentais, encontrou-se cenário propício para o amplo desenvolvimento do processo coletivo brasileiro. Com efeito, vários diplomas legislativos foram concebidos³⁸¹, inaugurando um era de franco crescimento do uso de instrumentos processuais de índole coletiva. No ponto, é relevante trazer à baila as palavras de Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart³⁸²:

A sociedade moderna caracteriza-se por uma profunda alteração no quadro de direitos e na sua forma de atuação. De um lado, verifica-se a alteração substancial no perfil dos direitos desde sempre conhecidos, que assumem contornos completamente novos (basta pensar na função social do direito de propriedade, na publicização do direito privado e na privatização do direito público), e de outro a ampliação do próprio rol de direitos, reconhecendo-se direitos tipicamente vinculados à sociedade de consumo e à economia de massa, padronizada e globalizada. Estes últimos costumam ser tratados como direitos de terceira geração, os quais são ditos de solidariedade e caracterizados por sua “transindividualidade”,

como os direitos ligados à comunidade de consumidores, à defesa da higidez do meio ambiente, à probidade administrativa, aos direitos da criança e do adolescente etc.

379 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48.

380 *Ibidem*, p. 124.

381 É possível destacar, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 11 de junho de 1992) etc.

382 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 719.

pertencendo não mais apenas ao indivíduo, considerado como tal, mas sim a toda coletividade (por exemplo, o direito ao meio ambiente e aos direitos dos consumidores).

O surgimento dessa nova categoria de direitos exigiu que o processo civil fosse remodelado para atender adequadamente as necessidades da sociedade contemporânea.

Pode-se dizer que o direito brasileiro conta com um sistema processual coletivo, cuja base são os dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Ação Civil Pública, disciplinadores especialmente da legitimação *ad causam* e do regime jurídico peculiar da coisa julgada.

Atualmente, os Tribunais brasileiros convivem com um grande número de ações coletivas, que tratam dos mais variados temas, seja de direitos consumeristas, direitos das minorias, direitos ligados à probidade administrativa, direitos relacionados à execução de políticas públicas etc.

Com base nestas considerações introdutórias, caberia indagar se o processo coletivo é uma via para a racionalização da judicialização da saúde no Brasil, diante do cenário de grande número de ações judiciais já apontado em linhas pretéritas deste trabalho.

De fato, o processo coletivo tem algumas características muito importantes para que possa servir de arena para discussão das obrigações do Sistema Único de Saúde com seus usuários, segundo a promessa constitucional de garantida, pelo Estado, do direito à saúde.

O primeiro ponto de interesse é a legitimação para a deflagração do processo coletivo. Nos termos do art. 5º da Lei nº 7.347, de 21 de julho de 1985, a ação civil pública pode ser iniciada, além de outros, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, órgãos constitucionalmente formatados para a defesa de interesses de massa.

O Ministério Público, como é cediço, detém a atribuição de tutelar interesses sociais e individuais indisponíveis³⁸³, ou seja, exatamente os interesses em jogo quando se discute a abrangência de uma política pública formulada pelo Sistema Único de Saúde³⁸⁴.

Por sua vez, a Defensoria Pública é um órgão estatal comprometido com a defesa, em juízo, dos interesses das pessoas reconhecidamente pobres³⁸⁵. Portanto, não é difícil concluir que a Defensoria Pública está naturalmente vocacionada para representar os interesses da grande maioria dos clientes do Sistema Único de Saúde, que são pessoas hipossuficientes financeiramente. A existência de pessoas não necessitadas no grupo não elide a legitimação do órgão³⁸⁶.

Outra característica interessante do processo coletivo é a extensão subjetiva da coisa julgada, esta entendida como um efeito imutável, criador de certeza jurídica, indicando que o Estado prestou a tutela jurisdicional que se lhe requereu, julgando o mérito, ou ao menos desenvolvendo as atividades necessárias para declarar inadmissível o julgamento do mérito³⁸⁷.

383 BRASIL.CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

384 Para Emerson Garcia, os interesses sociais, que constituem campo de atuação do Ministério Público, transcendem a individualidade dos diversos interesses que neles podem estar ínsitos, sendo relevantes para a sociedade como um todo, como é o caso do rol do art. 6º da Constituição Federal. Por sua vez, ainda segundo o autor, os interesses individuais indisponíveis são aqueles que não podem ser afastados por vontade das partes, razão pela qual existe interesse público em sua tutela (GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 51).

385 BRASIL.CONSTITUIÇÃO FEDERAL.. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

386 ZANETI Junior, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos difusos e coletivos*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 88.

387 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 306.

Nas ações individuais, a coisa julgada se forma entre as partes, não beneficiando ou prejudicando terceiros, segundo regra clássica do art. 472 do Código de Processo Civil³⁸⁸. Ademais, os efeitos independem do resultado da demanda, ou seja, operam-se *pro et contra*.

Por sua vez, no processo coletivo, a extensão subjetiva do julgado terá relação diretamente com o direito colocado sob apreciação do Poder Judiciário, segundo as seguintes regras: a) se o direito é difuso, a coisa julgada atinge a massa indeterminada de sujeitos daquele direito; b) se o direito é coletivo *strictu sensu*, a extensão será *ultra parte*, atingindo a todos os membros da categoria, classe ou grupo; c) se individuais homogêneos, a extensão será *erga omnes*, atingindo todos aqueles que comprovarem a lesão (origem comum) do direito debatido³⁸⁹.

Algumas ponderações são necessárias acerca das expressões latinas que designam o alcance da coisa julgada no processo coletivo. Dizer que a sentença tem efeitos *ultra parte* significa dizer que a decisão terá efeito além das partes do processo. Por outro lado, *erga omnes* é a qualidade da decisão que tem eficácia contra todos. A rigor, tais expressões indicam a mesma coisa, mas a Lei n° 8.078 de 11 de setembro de 1990 deu outro tratamento à questão, apontando que a

388BRASIL. LEI N° 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973 (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

389 As definições sobre a qualidade dos direitos e as regras indicadas sobre a coisa julgada no processo coletivo estão dispostas na Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. O art. 81 assim dispõe: Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

eficácia *ultra parte* está prevista para direitos coletivos *strictu sensu*, enquanto a eficácia *erga omnes* se liga aos direitos difusos e individuais homogêneos.

De forma mais específica, pode-se dizer que no caso dos direitos difusos, a sentença que julgar procedente o pedido produzirá eficácia geral (*erga omnes*). Contudo, em caso de improcedência, os efeitos serão diversos no plano coletivo e individual. Para os legitimados à propositura da ação coletiva, a coisa julgada material só se formará se forem esgotados os meios de prova disponíveis para a tutela do direito. Trata-se da coisa julgada *secundum eventum probationis*³⁹⁰.

Nas ações que discutem os direitos coletivos *strictu sensu*, o regime dos limites subjetivos da coisa julgada é idêntico ao dos direitos difusos, ressalvada a sua eficácia *ultra parte*, conforme já asseverado. De fato, os direitos coletivos *strictu sensu* abrangem membros de certa classe ou categoria, isto é, sujeitos determinados, ao contrário do que acontece nos direitos difusos, cujos titulares são indeterminados, daí porque se fala em coisa julgada *erga omnes*³⁹¹.

Finalmente, nos direitos individuais homogêneos, a sentença de procedência também terá efeitos *erga omnes* em relação aos entes ou pessoas legitimadas para a ação coletiva³⁹².

Destarte, em especial este peculiar regime da coisa julgada nas ações coletivas se apresenta como uma possibilidade de solução para a discussão de obrigações do Sistema Único de Saúde no fornecimento das prestações devidas ao cidadão. Observe-se que um único processo e uma única decisão teria o condão de evitar uma série de conflitos repetitivos que certamente abarrotariam as prateleiras do Poder Judiciário.

390 DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 411.

391 *Ibidem*, p. 412.

392 *Ibidem*.

Assim sendo, umas das formas mais eficazes de racionalização da prática judiciária do direito à saúde é o estímulo de resolução das questões que abrangem a assistência prestada pelo Sistema Único de Saúde por meio do processo coletivo.

3.6 Acesso ao SUS por prescrição de médico da rede privada

Em todos os tópicos acima discutidos, uma questão tem sido objeto de discussão na doutrina e jurisprudência: é possível o acesso às prestações de saúde oferecidas pelo Sistema Único de Saúde por meio de prescrição realizada por médico da rede particular? Há duas ponderações iniciais que devem ser levadas em consideração para responder a esta indagação.

A primeira é a constatação de um fato notório: o Sistema Único de Saúde padece de imensas dificuldades operacionais. As notícias de filas intermináveis para a marcação de consulta médica, falta de profissionais e medicamentos nos hospitais públicos etc são lugar comum na imprensa nacional, repetindo-se em todos os cantos do país diariamente. Por outro lado, é sabido que na rede particular estas dificuldades ou não existem ou são percebidas em escala bem menos comprometedora da qualidade dos serviços prestados os usuários.

A segunda é a verificação de que o Sistema Único de Saúde constitui-se como uma rede hierarquizada e regionalizada, nos quais a prestação das ações e serviços ao cidadão se dá sob um fluxograma racional, pensado para que se tenha necessária burocracia administrativa que vise à máxima eficiência da utilização dos recursos públicos escassos. Isso significa dizer que algumas etapas devem ser percorridas pelos usuários a fim de se obter a prestação necessária à prevenção, promoção ou recuperação de sua saúde.

Na seara doutrinária, Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou³⁹³ defendem que o Sistema Único de Saúde é um modelo de assistência universal e, portanto, apenas situações clínicas diferenciadas poderiam levar a um tratamento diferenciado, mas não a vedação do acesso aos serviços. Assim, segundo as autoras, a receita prescrita por qualquer médico ou profissional autorizado deve ser documento hábil para solicitação de um medicamento, gerando o dever da rede pública de saúde em fornecê-lo.

Por outro lado, em uma posição mais restritiva, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, um dos órgãos do Ministério Público Federal³⁹⁴, em manual de coordenação da atuação dos membros da instituição quanto aos medicamentos excepcionais³⁹⁵, também defende que a receita de médico da rede particular possa servir para abrir o acesso aos serviços do Sistema Único de Saúde, desde que em situações excepcionais, como atendimentos de urgência e emergência. Eis as razões invocadas:

Duas considerações são necessárias: A um, existem, na imensa extensão territorial brasileira, localidades desprovidas de uma rede do SUS suficiente, isto é, faltam médicos especialistas atendendo pelo sistema público. Por conseguinte, nem sempre seria possível, tampouco razoável, impor ao cidadão a exigência de ser atendido incondicionalmente por médico do SUS.

A dois, considerando a relevância da questão saúde e a diretriz do atendimento integral, entre outros, parece fundamental, isso sim, que o médico (integrante ou não da rede SUS) prescreva o medicamento nos exatos termos estabelecidos pelo SUS, observando, por exemplo, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas quando da prescrição de Medicamento Excepcional.

De qualquer forma, ambas as hipóteses devem ser admitidas somente em situações excepcionais (de urgência ou emergência), o que não dispensa (ao contrário, impõe) o posterior controle por médico do sistema público.

393SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 48.

394A Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) é um dos órgãos do Ministério Público Federal e está disciplinada nos arts. 11 a 16 da Lei Complementar nº 75 de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). O objetivo da PFDC é articular ações para garantir a efetividade dos direitos do cidadão frente aos poderes constituídos e pelos prestadores de serviço de relevância pública (art. 11 da LC nº 75 de 20 de maio de 1993).

395DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. *Medicamentos excepcionais: MPF-PFDC*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 53.

Na jurisprudência, são encontrados precedentes favoráveis e desfavoráveis de acesso ao Sistema Único de Saúde por meio de prescrições médicas realizadas na rede privada.

O Tribunal Regional Federal da 4^o Região, por exemplo, no julgamento do Agravo de Instrumento n^o 200604000043165³⁹⁶ já decidiu que o sucesso das políticas públicas de fornecimento de medicamentos à população dependem de avaliação por médicos do próprio Sistema Único de Saúde. Observe trecho do voto do relator, Desembargador Federal Márcio Antônio Rocha:

Ocorre que no caso em apreço, o médico que fez a prescrição não está cadastrado para atendimento junto ao SUS, sendo portanto um médico particular. Ora, até se prove em contrário (se for o caso em processo com causa de pedir específica) os médicos do SUS dão atendimento a tal patologia, mediante a utilização da medicação disponível na rede pública. Não há reclamos de falta de serviço nesse caso específico. A *praxis* exercida pelo conjunto de médicos do sistema único indica suficiência dos meios disponíveis, e o sucesso do programa estatal na forma disponibilizada. Assim, sob pena de o Estado ver rompida com toda a sua política de fornecimento de fármacos, cumpre que somente haja intervenção judicial quando os próprios *médicos da rede pública* entenderem pela inoperância da medicação disponibilizada (grifos no original).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo n^o 1194807³⁹⁷, firmou entendimento no sentido da

396 ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. UNIÃO. ESTADOS. MUNICÍPIOS. MEDICO PARTICULAR. NÃO CABIMENTO. 1. A *praxis* exercida pelo conjunto de médicos do sistema único, para a patologia em referência, indica suficiência dos meios disponíveis, e o sucesso do programa estatal na forma disponibilizada. Assim, sob pena de o Estado ver rompida com toda a sua política de fornecimento de farmacos, cumpre que somente haja intervenção judicial quando os próprios médicos da rede pública entenderem pela inoperância da medicação disponibilizada. (TRF4, AG 2006.04.00.004316-5, Quarta Turma, Relator Márcio Antônio Rocha, DJ 31/05/2006)

397 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONCESSÃO. LAUDO DE MÉDICO PARTICULAR. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. SUFICIÊNCIA. 1. Os laudos médicos expedidos por serviço médico particular são válidos e suficientes para fins de isenção do imposto de renda e concessão de aposentadoria. Precedentes: (REsp 1088379/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe 29/10/2008; REsp n^o 749.100/PE, Rel.Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 28.11.2005.; REsp 302.742/PR, 5^a T., Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 02/08/2004). 2. Consectário lógico é que se laudos de médicos particulares são, por força da jurisprudência, válidos para concessão de aposentaria e isenção de imposto de renda, quando há dispositivo legal que determine a expedição de laudo oficial para a concessão do benefício, tanto mais

possibilidade de acesso ao Sistema Único de Saúde por meio de receitas de médicos particulares. Segundo a Corte, se o Poder Público aceita prescrições de médicos da rede privada para deferir pedidos de aposentadoria ou isenção de imposto de renda, então, pelas mesmas razões, dever-se-ia admitir a receita de médico particular como elemento de prova. Eis os motivos declinados pelo relator, Ministro Luiz Fux:

Desta feita, se vale para concessão de aposentaria e isenção de imposto de renda, quando há dispositivo legal que determine a expedição de laudo oficial para a concessão do benefício, tanto mais valerá como elemento de prova.

A questão, como se vê, é polêmica. É preciso, tal como já defendido várias vezes neste trabalho, que não se parta de um simples argumento de direito incondicional de acesso ao Sistema Único de Saúde por meio de receitas de médicos privados. Como aqui demonstrado, o direito à saúde não é um “direito a tudo”. Há de se haver parâmetros de racionalização. No caso das receitas médicas de médicos particulares, também é preciso delimitar algumas balizas para evitar a desorganização do sistema.

As ações e serviços do Sistema Único de Saúde devem ser de acesso universal e de atendimento integral à demanda sanitária do cidadão. Por outro lado, a rede de serviços é hierarquizada e regionalizada, uma vez que o direito à saúde depende da organização prévia de procedimentos e estruturas para ser efetivado³⁹⁸. Assinale-se esta organização, por vezes demasiada burocrática, tem como único escopo teórico de fazer valer os princípios do Sistema Único de Saúde, dentre os quais os que mais interessam ao caso, como a universalidade, integralidade e isonomia.

valerá como elemento de prova. Precedentes: REsp nº 673.741/PB, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA DJ de 09/05/2005; REsp 749.100/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2005, DJ 28/11/2005 p. 230 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no Ag 1194807, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17/06/2010, DJe 01/07/2010).

398FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

Por esta razão, no nível básico de atendimento, em que as políticas públicas de saúde abrangem o maior contingente de cidadãos, o acesso aos medicamentos da rede pública deve ser feito sem maiores entraves, permitindo-se que receitas particulares possam ser livremente utilizadas, desde que atendidos alguns requisitos mínimos estipulados pelos gestores do Sistema Único de Saúde. Tais requisitos têm como único objetivo o melhor controle da eficiência da política pública.

Por isso é de se destacar o acerto do Programa Farmácia Popular do Brasil, que permite a distribuição de medicamentos para hipertensão arterial e diabetes por preços subsidiados, por meio de rede de farmácias particulares credenciadas. O programa não exige que a receita médica seja proveniente da rede pública³⁹⁹, o que torna muito mais fácil o acesso aos medicamentos do programa. Com efeito, tendo em conta a grande prevalência destas doenças na população em geral e o baixo custo dos medicamentos, é possível que o fornecimento destas drogas seja o mais desburocratizado possível.

Por outro lado, cumpre destacar que as políticas públicas que visam ao fornecimento de medicamentos excepcionais devem sofrer maior controle governamental, em razão do grande dispêndio de recursos públicos. Assim, considera-se acertado o maior nível de exigências que são feitas para acesso aos medicamentos excepcionais, inclusive a prévia inscrição no Sistema Único de Saúde, conforme as regras do Ministério da Saúde para o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional da Política Nacional de Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde⁴⁰⁰.

399O art. 23 da Portaria n° 971, de 15 de maio de 2012, do Ministério da Saúde, exige apenas a apresentação da receita médica, com número de inscrição do profissional prescriptor no CRM, data de expedição da prescrição e nome e endereço residencial do paciente.

400De acordo com a Portaria n° 2.577, de 27 de outubro de 2006, do Ministério da Saúde, em seu item 12, para a dispensação de medicamentos excepcionais exige-se: 12. Para a autorização e o fornecimento dos medicamentos do CMDE serão considerados os seguintes instrumentos: 12.1 CNS - Cartão Nacional de Saúde - documento de identificação do usuário do SUS. 12.2 LME - Laudo para Solicitação/Autorização de Medicamentos de Dispensação

Observe-se que o acesso ao Sistema Único de Saúde deve ser “igualitário”, segundo o art. 196 da Constituição Federal, o que pressupõe uniformidade de tratamento para todos os usuários, ressalvadas as situações que obviamente demandem uma diferenciação. No caso do programa de medicamentos excepcionais, os usuários que disponham de recursos para custear uma consulta médica na rede privada poderão ser privilegiados em relação aos usuários pobres, criando uma situação não equânime para aqueles que dependem exclusivamente do Sistema Único de Saúde.

Por tais razões é que, apesar da divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, este trabalho se filia à seguinte posição: a) medicamentos básicos, de custo menor e de utilização por grande parte da população devem ser disponibilizados sem maiores entraves, por receitas de médicos da rede pública ou da rede privada, ressalvadas algumas medidas simples de controle dos gastos públicos; b) medicamentos de dispensação excepcionais, por conta dos valores dispendidos pelo erário e do pequeno número de pessoas atendidas, devem ter o acesso exclusivamente por meio do Sistema Único de Saúde.

Excepcional, instituído por ato normativo específico da Secretaria de Atenção à Saúde (SAS/MS); 12.3 RME - Recibo de Medicamentos Excepcionais, conforme Anexo IV a esta Portaria; e 12.4 APAC/MEIO MAGNÉTICO - Autorização de Procedimento de Alta Complexidade/Custo - instrumento disponível em meio magnético, para coleta de informações gerenciais e cobrança de procedimentos ambulatoriais de alta complexidade/custo e medicamentos de dispensação excepcional.

CONCLUSÕES

A concretização dos direitos sociais, no cenário do neoconstitucionalismo, é um dos temas mais debatidos atualmente na dogmática jurídica. Não vai longe o período em que a suposta proteção dada pelo ordenamento jurídico em relação aos direitos sociais limitava-se ao discurso de que tais prerrogativas significariam meras aspirações políticas, por estarem veiculadas em normas programáticas.

É certo que a implementação de direitos sociais encontra dificuldades de ordem prática, em especial a limitação de recursos públicos disponíveis para a tarefa. Contudo, diversos trabalhos acadêmicos já demonstraram e, depois, a própria jurisprudência pátria se desenvolveu no sentido de que alguns parâmetros mínimos de dignidade devem ser garantidos ao cidadão, destinatário último das promessas contidas na Constituição.

No Brasil, a judicialização do direito à saúde representa uma boa amostra desta discussão atual acerca dos limites da concretização dos direitos sociais. Em um primeiro momento, a jurisprudência dos Tribunais Superiores não admitia a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, deixando o cidadão à mercê da discricionariedade do administrador público. Aos poucos, evoluiu-se para uma jurisprudência extremamente permissiva, entendendo-se que o direito à saúde representaria um direito subjetivo “a tudo”, bastando haver a prescrição de uma determinada prestação material para que o Poder Público fosse obrigado a custeá-lo.

Percebeu-se, contudo, que o grande número de demandas judiciais discutindo o direito à saúde, aliado à posição jurisprudencial dominante no sentido do direito subjetivo “a tudo” passou a constituir grande ameaça aos próprios objetivos do Sistema Único de Saúde. De outra parte, detectou-se que grande

parte da clientela era formada por pessoas que não dependiam exclusivamente da rede pública de saúde, gerando enormes distorções para o sistema.

Assim, a judicialização da saúde no Brasil passou a um novo momento, bastante atual, em que se discutem parâmetros de racionalidade para que a organização do Sistema Único de Saúde possa conviver, em harmonia, com o direito fundamentado à inafastabilidade da jurisdição. Este trabalho procurou trazer algumas balizas para este momento da judicialização da saúde, tendo em conta as inúmeras normas que compõem o Sistema Único de Saúde, em especial a novel Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que alterou a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Uma premissa necessária para a compreensão do tema é saber que as políticas públicas de fornecimento de medicamentos e demais prestações materiais em saúde estão embasadas em um juízo administrativo fundado nas evidências científicas da eficácia da tecnologia e, também, no custo benefício de sua adoção no âmbito do Sistema Único de Saúde. Assim sendo, a presunção que paira sob a política pública é que a prestação material prevista em lista oficial detém o melhor alcance terapêutico possível com menores ônus financeiros aos cofres públicos.

Assim sendo, e com objetivo de sistematizar sinteticamente os argumentos aduzidos na pesquisa, considerou-se que as ações que discutem o direito à saúde podem se inserir em dois grupos principais: as que pleiteiam prestações já definidas em políticas públicas e as que buscam acesso à prestações não previstas em políticas públicas.

No primeiro caso, havendo a expressa previsão de que determinada prestação de saúde já se encontra devidamente delimitada em uma política governamental prévia, tem-se configurado o direito subjetivo do cidadão autor da ação. Da mesma forma, se o pedido do cidadão se refere a uma prestação já

prevista nas listas oficiais, mas cuja destinação seja diversa da ali prevista, não se justifica que a burocracia administrativa se sobreponha às necessidades do autor da ação, desde que comprovadas em juízo.

Por outro lado, para tratamentos não incluídos nas listas oficiais, também é cabível a eventual condenação do Poder Público no fornecimento das prestações requeridas, desde que reste comprovadas suas necessidades de saúde e, ainda, a eficácia do medicamento, que deve estar previamente registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Apenas em casos excepcionalíssimos, pode-se admitir que o Poder Público seja condenado a fornecer medicamentos importados, não registrados na ANVISA, desde que exista pelo menos um registro em agências de controle de medicamentos estrangeira, como o FDA norte-americano ou a EMEA europeia.

Da mesma forma, deve ser estimulada a resolução de conflitos judiciais referentes às obrigações do Sistema Único de Saúde com seus usuários por meio dos instrumentos do processo coletivo, em especial a ação civil pública, o que permite, com uma única ação e uma única decisão, chegar a um pronunciamento uniforme do Poder Judiciário.

Uma vez conhecidas os parâmetros propostos por este trabalho, a fim de que se alcance a racionalidade na judicialização da saúde, também se defende que o acesso aos medicamentos da rede pública deve ser feito ordinariamente por meio de qualquer prescrição médica – do Sistema Único de Saúde ou da rede privada. Para a dispensação de medicamentos excepcionais, assim definidos nas políticas públicas, todavia, impõe-se o acesso exclusivo pelo Sistema Único de Saúde, já que os critérios de fornecimentos destas drogas deve ser mais rígido em razão do grande volume de gastos públicos envolvido em seu fornecimento.

Com tais considerações, as expectativas deste trabalho é marcar uma contribuição singela com duas das mais importantes manifestações da democracia

brasileira: o acesso universal ao Sistema Único de Saúde e o direito inafastável do cidadão de levar ao Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a este direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, G.E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito (uma crítica à verdade na ética e na ciência)*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALVES, Henrique Napoleão. *Considerações acerca da importância histórica da Constituição do México de 1917*. Jus Navigandi. Teresina, ano 11, nº 1271, 25 dez. 2006. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/9324>>.

AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. *Direito econômico*. Niterói: Impetus, 2010.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. São Paulo: Atlas, 2007.

BARRETTO, Rafael. *Direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2011.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Estatuto da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/90)*. Salvador: JusPodivm, 2010.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito constitucional (teoria da constituição e controle de constitucionalidade)*. Salvador: JusPodivm, 2011.

BOTELHO, Ramon Fagundes. *A judicialização do direito à saúde*. Curitiba:

Juruá, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo (parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração)*. Salvador: JusPodivm, 2008.

CARVALHO Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Ruth Barros Petersen. *A efetividade do mínimo existencial à luz da Constituição Federal de 1988*. Goiânia: PUC Goiás, 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

CUNHA Júnior, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. *Controle de constitucionalidade (teoria e prática)*. Salvador: JusPodivm, 2006.

DANTAS, Nara Soares; SILVA, Ramiro Rockenbach da. *Medicamentos excepcionais: MPF-PFDC*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito processual constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. *Saúde pública e seus limites constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012.

DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social*. São Paulo: Atlas, 2009.

DIDIER Júnior, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. V. 1. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____; ZANETTI Junior, Hermes. *Curso de direito processual civil (processo coletivo)*. V. 4. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DUNCAN, Bruce B.; SCHMIDT, Maria Inês. *Medicina Baseada em Evidências. Medicina Ambulatorial: Condutas de Atenção Primária Baseadas em Evidências*. Porto Alegre: Artmed, 2004.

EHRHARDT Júnior, Marcos. *Direito civil (LICC e parte geral)*. Salvador: JusPodivm, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito civil (teoria geral)*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FELIX, Renan Paes. *Estatuto do idoso (Leis n° 8.842/1994 e 10.741/2003)*. Salvador: JusPodivm, 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral*. Revista Interesse Público. Ano 9, n. 44, jul./ago. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Direito à saúde (Leis n° 8.080/90 e 8.142/90)*. Salvador: JusPodivm, 2009.

FIORIN, José Luiz. *Linguagem e ideologia*. 8. ed. São Paulo: Ática, 2007.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil (parte geral)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Hans Kelsen – o sistema fechado*. In GONZAGA, Álvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli (orgs.) *Vade Mecum Humanístico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, Rodrigo; JOSINO, Miguel. *Análise das divergências jurisprudenciais no STF e STJ*. Salvador: JusPodivm, 2011.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila. *Acesso de medicamentos via Poder Judiciário no Estado de Minas Gerais*. 2010. 129p. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____ ; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São

Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 6 ed. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica (Grupo GEN), 2011.

NERY Júnior, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método (GEN), 2009.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. *In* NOBRE, Milton Augusto de Brito, e SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Nelci Silvério de. *Introdução ao estudo do direito*. 2 ed. Goiânia: AB, 2004.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PACHECO, Antônio Marcelo. *Formação humanística*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 21.

PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. Campinas: Servanda, 2010.

PENTEADO Filho, Nestor Sampaio. *Manual de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2008.

PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PESSOA, Higor Rezende. *Considerações sobre as decisões judiciais que concedem o fornecimento de medicamentos sem o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA*. Jus Navigandi, Teresina, [ano 17, n. 3134](http://jus.com.br/revista/texto/20982), 30 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20982>>.

PETTER, Lafayete Josué. *Direito econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTR, 2005.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular (comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça)*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo (teoria e prática)*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do*

direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil (lei de introdução e parte geral)*. V. 1. São Paulo: Método, 2007.

THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil (teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento)*. v. 1. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. *In* NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TRETTEL, Daniela Batalha. *Plano de saúde na visão do STJ e STF*. São Paulo: Verbatim, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

ZANETI Junior, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos difusos e coletivos*. Salvador: JusPodivm, 2010.