



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PRODIR**

MANOEL CABRAL MACHADO NETO

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE À LUZ DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**SÃO CRISTÓVÃO / SE
2014**

MANOEL CABRAL MACHADO NETO

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE
TERAPÊUTICA À LUZ DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

**SÃO CRISTÓVÃO / SE
2014**

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

Machado Neto, Manoel Cabral
M149 O controle judicial das políticas públicas de saúde
c terapêutica à luz dos tribunais superiores / Manoel
Cabral Machado Neto ; orientador Lucas Gonçalves da
Silva. – São Cristóvão, 2014.
173 f. : il.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade
Federal de Sergipe, 2014.

1. Poder judiciário e questões políticas. 2. Direitos
fundamentais. 3. Direito à saúde. 4. Política de saúde.
5. Separação de poderes. I. Silva, Lucas Gonçalves
da, orient. II. Título.

CDU 342.565.5

MANOEL CABRAL MACHADO NETO

**O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE
TERAPÊUTICA À LUZ DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em __ de _____ de 2014:

Prof.º Dr.º Lucas Gonçalves da Silva
Orientador – PRODIR / UFS

Prof.ª Dr.ª Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva
PRODIR / UFS

Prof.º Dr.º Vladimir Oliveira da Silveira
UNINOVE

Este exemplar corresponde à versão final da Dissertação de Mestrado em Direito.

Prof.º Dr.º Lucas Gonçalves da Silva
Orientador – PRODIR / UFS

É concedida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe permissão para disponibilizar e reproduzir cópias desta dissertação.

Manoel Cabral Machado Neto
Autor – PRODIR / UFS

Prof.º Dr.º Lucas Gonçalves da Silva
Orientador – PRODIR / UFS

Dedico este trabalho a estes que são os “meus amores”, que além de muito estímulo, aceitaram pacientemente as muitas ausências durante este curso: minha esposa, Aline de Jesus Barreto Cabral Machado, e meu filho, Vinícius Barreto Cabral Machado.

Dedico também aos meus pais, Odilon Cabral Machado e Tereza Cristina Garcia Moreno Cabral Machado, e a meus irmãos, Daniela Garcia Moreno Cabral Martins e Odilon Cabral Machado Junior. Fomos educados num ambiente de amor e de respeito, onde o estudo sempre foi reconhecido como o melhor caminho a se seguir nesta vida.

Dedico, ainda, a todos que clamam por um país mais justo, em que a saúde seja realmente efetiva.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por estes dois anos que se passaram, permitindo-me cursar o Mestrado em Direito da UFS com saúde e dedicação. Obrigado, Senhor!

À minha esposa, que aceitou me dividir com o trabalho profissional e os variados livros e aulas durante esse biênio. Obrigado pela paciência, pelo amor e, acima de tudo, pelo incentivo constante. Obrigado por me substituir em tantos afazeres domésticos, permitindo que eu pudesse continuar me dedicando à presente pesquisa. A meu filho, Vinícius Barreto Cabral Machado, pelos sorrisos e primeiras palavras, verdadeiros bálsamos quando o cansaço me abatia e o murmúrio chegavam. A caminhada foi árdua e, nela, vocês foram o meu melhor e maior apoio. Agradeço também a meu pai, Odilon, a minha mãe, Tereza Cristina, e a meus irmãos, Daniela e Odilon Jr., pelo incentivo e por me fazerem constantemente ver que, em matéria de estudo e capacitação, nunca devemos parar. **Amo todos vocês!!!**

Ao meu Professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva, que, além de orientador, foi um verdadeiro amigo. Pessoa de bem e do bem, obrigado, professor, pelo auxílio na realização desse sonho acadêmico. Você e sua esposa, Prof.^a Dr.^a Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, contribuem, com maestria, substanciosos conhecimentos e simplicidade, para o aperfeiçoamento e formação de diversos profissionais. Deus os abençoe!

A todos os professores do PRODIR, em especial a meu amigo e colega de Ministério Público, Henrique Ribeiro Cardoso, que, com sacrifício pessoal e familiar, dedicam o seu tempo para a consolidação e o desenvolvimento do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe, enriquecendo a cultura jurídica sergipana.

Ao meu amigo, Promotor de Justiça Dr. Rômulo Lins, pela sua seleta biblioteca que me foi disponibilizada para a realização desta pesquisa.

RESUMO

A Dissertação de Mestrado examina como o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo servem de marcos teóricos na fundamentação do controle judicial de políticas públicas relacionadas com a saúde terapêutica. Destaca-se, também, a força normativa da Constituição e o princípio da dignidade humana como argumento na efetivação do aludido direito social. Citando jurisprudência e diferentes posições doutrinárias, o presente estudo aprecia ainda como as normas programáticas podem servir de amparo jurídico para a concretização de direitos fundamentais sociais de natureza individual ou coletiva, autorizando a que se reconheçam as eventuais omissões estatais que se afastam dos compromissos constitucionais assumidos pelo Poder Constituinte Originário. Analisa também os principais argumentos apresentados pela Fazenda Pública nessa espécie de controle: a violação do princípio da separação de poderes e da reserva do possível. À luz dos precedentes dos Tribunais Superiores, será apresentado o entendimento de que, no caso de prestações de saúde direcionadas para assegurar a vida, o controle judicial das políticas públicas é diferenciado, sendo que a reserva do possível só será um obstáculo quando a situação pleiteada fugir da proporcionalidade, o que não se confunde com as questões relativas aos recursos a serem gastos e à sua escassez. Por fim, sustentará que o controle judicial poderá interferir na busca de um planejamento orçamentário eficiente em prol da concretização de políticas públicas voltadas para a realização dos direitos à Saúde.

Palavras-chave: Controle Judicial. Políticas Públicas de Saúde. Direitos Fundamentais. Separação de Poderes. Orçamento

ABSTRACT

This is a Master's Degree Dissertation that examines how neoconstitutionalism and post-positivism serve as theoretical frameworks in the grounds of judicial review of public policies related to health treatment. It is noteworthy, too, the normative force of the Constitution and the principle of human dignity as an argument in the realization of social rights. Citing case law and reference to different doctrinal positions, this study further explores how the programmatic standards may provide legal support for the realization of fundamental social rights of individual or collective nature, allowing it to recognize any omissions state that deviate from commitments constitutional assumed by Constituent Power Sourced. It also analyzes the main arguments presented by the Treasury in this kind of control: the violation of the principle of separation of powers and the reserve as possible. In light of the precedents of the Superior Courts, will be presented the understanding that, in the case of health services directed to ensure life, judicial control of public policy is different, and the reserve can only be an obstacle when the situation pled escape of proportionality, which should not be confused with the issue of resources to be spent and its scarcity. Finally, we will argue that judicial review may interfere with the pursuit of an efficient budget planning towards the achievement of public policies for the realization of the Health.

Key words: Judicial control. Public Policy Health. Fundamental Rights. Division of Powers. Budget.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – POLÍTICAS PÚBLICAS E SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	8
1.1 Dimensão Subjetiva do Direito fundamental à saúde.....	18
1.1.1 - Direitos Fundamentais e suas gerações. Direito à saúde e suas multifaces	26
1.1.2 - Eficácia imediata dos direitos sociais. A saúde como direito prestacional social	39
1.2 Dimensão Objetiva do Direito Fundamental à saúde.....	46
CAPÍTULO II – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE.	54
2.1 Considerações iniciais.....	55
2.2 Princípios Jurídicos e as funções desempenhadas no Ordenamento Jurídico.....	58
2.3. Princípios e Regras: algumas distinções	67
2.4 - Princípio da Dignidade da Pessoa humana	75
2.4.1 Reconhecimento e Evolução do Significado da Dignidade da Pessoa Humana.....	77
2.4.2 A jurisprudência e a Dignidade da Pessoa Humana como fonte e reforço na realização de direitos subjetivos específicos	84
2.4.3 Dignidade Humana e mínimo existencial	86
CAPÍTULO III - PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO CONTROLE JURISIDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	99
3.1 Considerações Iniciais.....	99
3.2 Princípio da Separação de Poderes, Democracia e o papel do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas.....	102
3.2.1 Considerações Históricas.....	102
3.2.2 Influência dos Direitos Fundamentais na Concepção do Princípio da Separação de Poderes.....	107

3.2.3 A legitimidade da atuação dos membros do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.....	115
3.3 Reserva do Possível.....	122
3.3.1 Reserva do Possível e Mínimo Existencial.....	125
3.3.2 - Dimensão Fática da Reserva do Possível.....	130
3.3.3 Dimensão Jurídica da Reserva do Possível.....	136
3.3.4 Dimensão Negativa da Reserva do Possível.....	143
CONCLUSÃO.....	151
REFERÊNCIAS.....	161

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem como objeto estudar o controle judicial de políticas públicas no que pertine à saúde terapêutica, isto é, voltada para assegurar a vida do paciente que necessita de cuidados médico-hospitalares especiais.

Este estudo apresentará, com adendos doutrinários, os fundamentos que vêm sendo utilizados para a efetivação do referido controle, quando então são deferidas as pretensões mais diversas (medicamentos, tratamentos especializados *etc.*), todas elas apresentadas em embates jurídico-forenses que envolvem variadas prestações de saúde curativa.

A metodologia que será desenvolvida partirá do estudo das decisões que, pela substancial fundamentação apresentada, podem ser consideradas emblemáticas em matéria de judicialização dos direitos da saúde. A limitação da abordagem se restringirá aos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Justifica-se:

Em relação ao Supremo Tribunal Federal, a razão reside no fato de que, em se tratando da Corte Judicial incumbida, pelo Poder Constituinte Originário, de exercer o papel de Guardiã da Constituição Federal (CF, art. 101), suas interpretações assumem o significado último na aplicação do texto constitucional.

Normas constitucionais que preveem, por exemplo, que a dignidade da pessoa humana é sustentáculo da República Federativa do Brasil; que a saúde é um direito social pertencente a todos e que, como direito fundamental que é, está protegida e elevada ao grau de cláusula pétrea.

Além disso, o estudo de decisões do Supremo Tribunal Federal também é importante porque, a despeito de seus provimentos jurisdicionais no caso concreto não vincularem demandas e partes que ainda não se encontram submetidas à sua jurisdição (efeito *erga omnes* ocorre em Controle Concentrado, apesar de existir corrente, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de abstrativizar os efeitos da decisão de controle de constitucionalidade em concreto), é inequívoco que a força da autoridade de seus precedentes termina ao menos inspirando Tribunais Inferiores e Magistrados *a quo* nas apreciações das causas que lhes são afetas.

No que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, a sua contribuição deriva da sua posição no escalonamento da Justiça Brasileira, aliada à sua missão constitucional, qual seja, manter a uniformidade de interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional federal.

Também é intenção deste estudo descortinar os argumentos apresentados pelas partes que resistem às pretensões levadas a Juízo, enfatizando como eles são refutados tanto pela doutrina como pela Jurisprudência das Cortes supramencionadas.

Na comunidade jurídica, o tema envolvendo o controle judicial de políticas públicas é considerado complexo e controverso, inserindo-se num debate que, além de ser recente, provoca o entusiasmo de acadêmicos e de diversos profissionais que atuam na seara do Direito Público.

A discussão jurídica em torno da concretização de políticas públicas através de demandas judiciais é atual e sobretudo instigante, na medida em que lida com diversos componentes dos mais diferentes ramos jurídicos e extrajurídicos (político, econômico, administrativo, entre outros).

Não se trata, inequivocamente, de uma mera questão de subsunção normativa, isto é, de aplicar uma determinada regra ou princípio a uma situação de fato (inação ou ação insuficiente dos entes incumbidos de implementar os benefícios público-coletivos).

O controle judicial, no caso, não busca apenas o alcance de escopo jurídico, político e social, mas abrange, ainda, discussões do ponto de vista orçamentário, administrativo, financeiro, médico-farmacêutico *etc.*

Pertinente com o que foi asseverado revela-se a seguinte passagem do pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes (STF, 2009, p. 31), na audiência pública nº 4, convocada em 05 de março de 2009, para colher subsídios com o intuito de descortinar novos fundamentos para decidir demandas cujo objeto relaciona-se com as prestações de saúde:

O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil com um todo.

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida

pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a hígidez do sistema.

Na mesma proporção, o assunto envolvendo controle judicial de políticas públicas pode ser considerado polêmico na Doutrina e Jurisprudência, tendo em vista que, no próprio Judiciário, está longe de se pacificar a questão que diz respeito à legitimidade do ativismo judicial e ao controle da discricionariedade administrativa.

Não tem sido raro serem encontradas decisões que limitam o poder jurisdicional, na maioria das vezes amparando-se em fundamentos fulcrados numa visão do Direito que não se coaduna com o prisma Neoconstitucionalista hoje vigente, divorciando-se de uma visão adequada aos reclamos do Sec. XXI.

A saúde, conforme mencionado, representa um direito fundamental. Trata-se de um direito de todos, como a própria Constituição Federal normatiza, e representa o bem-estar, a força vital, o elemento básico necessário para que o indivíduo possa, no seu dia a dia, ter condições de buscar o desenvolvimento de suas potencialidades em busca de realizações pessoais e sociais.

Discorrer sobre saúde pública e a intervenção nas políticas dessa área, como sói acontecer com todos os direitos prestacionais, termina trazendo à tona questões complexas que envolvem a legitimidade do Poder Judiciário nessa seara e, ainda, a deveras dramática alocação de recursos materiais (financeiros, pessoal etc.) para a sua efetivação.

Segundo dados divulgados pela Organização Mundial de Saúde em 2011¹, a despeito de o País ter majorado a destinação de recursos orçamentários para a saúde pública e de ser a sexta economia mundial, alguns índices chamam atenção. Em 2000, no Brasil, apurando-se todos os gastos, 4,1% das despesas eram com a saúde. Em 2008, esse percentual subiu para 6%, ficando abaixo da média africana (9,6%) e bem inferior à média observada nas Américas (16,1%).

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, em 2000, o governo brasileiro destinava 7,2% do seu produto interno bruto para a saúde. Oito anos depois, o percentual subiu para 8,4%, ficando próximo da média mundial que é de 8,5%, mas inferior nas Américas, que foi de 12,6%.

¹ Dados constantes no documento denominado *Estadísticas Sanitarias Mundiales 2011*, levantados pela Organização Mundial de Saúde. Disponível em: < http://www.who.int/whosis/whostat/ES_WHS2011_Full.pdf> Acessado em: 20 de junho de 2013.

No total de custos com a saúde, o brasileiro arca com 56% das despesas, enquanto o Poder Público paga 44% das despesas.

Diante desse contexto comparativo, se o Legislativo e o Executivo não conseguem preservar adequadamente a saúde pública através de orçamentos suficientes, cabe ao Judiciário adentrar em cena para, utilizando-se da sua parcela de poder soberano, assegurar esse direito fundamental do cidadão, seja individual, seja coletivamente.

No desenvolvimento desta dissertação, como já mencionado, tratar-se-á do controle judicial de política pública da saúde terapêutica. Considerações serão feitas sobre temas como neoconstitucionalismo, força normativa da constituição, direitos fundamentais, normas programáticas e sua eficácia, dignidade da pessoa humana como alicerce da República Federativa do Brasil.

Serão enfrentados, ainda, os principais argumentos que pretendem excluir o controle judicial nesta seara, quais sejam a suposta violação do princípio da separação de poderes e as limitações da reserva do possível.

A opção pelo controle de políticas públicas relacionadas com a saúde terapêutica decorre do fato de que este trabalho possui a firme convicção no sentido de que a atuação judicial, nesse setor, deve ser considerada de forma diferenciada, haja vista a sua vinculação com o “direito dos direitos”: a urgência de se preservar a vida sob risco de se esvaír. O Prof.º Dr.º Lucas Gonçalves da Silva, comentando dispositivos da Declaração Universal de Direitos Humanos, enfatiza (2011, p. 284):

La vida, com el bien máspreciado del ser humano, merece un lugar privilegiado entre los derechos a ser protegidos, tanto por la Declaración de Derechos Humanos como por todas las leyes en cualquier parte del mundo.

Según Silva (2004, p. 197): “El derecho a la existencia consiste en el derecho a estar vivo, a luchar por el vivir, a defender la propia vida, a permanecer vivo. Es el derecho a no ver interrumpido el proceso vital sino por la muerte espontánea e inevitable. Existir es el movimiento espontáneo contrario al estado de muerte.

Para Moraes (2007: 77): “El derecho a la vida es el más fundamental de todos los derechos, puesto que se impone asegurarlo ya que se constituye en pre requisito para la existencia y ejercicio de los demás derechos. (...) La Declaración Universal asegura, por lo tanto, el derecho a la vida, cabiendo al Estado asegurarlo em su doble acepción, siendo la primera relacionada al derecho de continuar vivo y la segunda a tener una vida digna en lo que respecta a la subsistência”.

No es casual que el derecho a la libertad acompañe al derecho a la vida como supuesto básico de su desarrollo intelectual y material.

Tal controle, inclusive, é diverso daquele que é realizado em relação à saúde preventiva. E aqui se relembra o conceito de Constituição como Ordem Marco, delineado por Bockenförde e Forsthoff, e a concepção de Constituição como Ordem Fundamental trazida por Alexy.

A Constituição enquanto Ordem Marco estabelece maior margem de discricionariedade para o legislador e o administrador, sobrelevando-se, nas palavras de Alexy, o Estado de Legislação. Este último demonstra a diferença existente entre a Ordem Marco de modelo procedimental da Ordem Marco que reflete o modelo material, usando os dizeres:

En la primera constelación, la Constitución no contiene en absoluto mandatos o prohibiciones sustanciales que restrinjan las competencias del Legislador. Mientras se sujete a las prescripciones constitucionales de competencia procedimiento y forma, al Legislador se le permite todo y está habilitado para todo. Éste es el modelo puramente procedimental de Constitución, en el cual, por definición, está no se presenta como un orden material. Las competencias del Legislador son ilimitadas desde el punto de vista material.

(...);

La contrapartida al modelo puramente procedimental es el modelo puramente material da Constitución. En este modelo la Constitución contiene um madato o una prohibición para cada decisión imaginable del Legislador (ALEXY, 2004, p. 24 e 26).

Mas estes modelos de Constituição como Ordem Marco não são suficientes para a realidade constitucional quando se analisam os direitos fundamentais como princípios. Observe-se que eles trazem dois extremos. De um lado, um modelo de absoluta liberdade do Legislador, inexistindo sequer limitações de ordem material (Ordem Marco Procedimental). Do outro, tem-se o modelo que engessa a atuação do legislador, já que todas as respostas encontram-se no bojo da Constituição (Ordem Marco Procedimental). Neste último caso, na metáfora traduzida como “ovo jurídico fundamental” (Forsthoff), haveria a prevalência da Jurisdição, o que colocaria em cheque os Princípios Democráticos e da Separação de Poderes.

Daí a importância de, no tocante ao enfrentamento dos direitos fundamentais enquanto princípios, estabelecer a concepção que vislumbra na Constituição uma Ordem Jurídica Fundamental em simbiose com o conceito de Ordem Marco. O Estado de Jurisdição e o Estado de Legislação harmonizam-se, sendo que o primeiro só entra em cena quando o

segundo não cumpre o seu papel à luz dos princípios e promessas constitucionais vinculantes. Sustenta Alexy (2004, p. 31):

Una Constitución es un orden fundamental cualitativo o sustancial si mediante ella se deciden asuntos fundamentales para la comunidad. Este concepto de orden fundamental sí es compatible con el concepto de orden marco. Una Constitución puede decidir asuntos fundamentales, y en ese sentido ser un orden fundamental, y, sin embargo, dejar muchas preguntas abiertas, y por tanto ser un orden marco. Según la teoría de los principios, una buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos; debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco. Esto es posible, si, en primer lugar, la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir, establece un marco; si, en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos margens de acción; y, em tercer lugar, si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y deben ser decididas por una Constitución.

Dito isso e tornando à hipótese das políticas públicas relacionadas com a saúde preventiva, o espaço de discricionariedade do legislador e administrador é amplo para adotar os programas e instrumentos voltados para a prevenção de doenças, conforme preconiza o art. 196 da Constituição Federal. Este comando constitucional, após definir a saúde como direito de todos, estabelece que o Poder Público irá garanti-la mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, assegurando-se, ainda, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A amplitude do âmbito de promoção e proteção da saúde preventiva dificulta o controle judicial da discricionariedade do administrador².

Mas nos casos da recuperação da saúde terapêutica, quando, *verbi gratia*, se tem um diagnóstico específico e um tratamento ou medicamento apontado como sendo o adequado para a sobrevivência de uma pessoa, na hipótese de os Poderes Políticos não o assegurarem naquilo que é inerente ao espaço da discricionariedade, cabe ao Poder Judiciário intervir em favor da vida, figurando a Constituição como ordem jurídica fundamental capaz de sustentar dita pretensão. Entra em cena uma limitação de ordem material – que aqui se

² Exemplo dessa dificuldade traz Barroso (2002, p. 109): “Dificilmente seria possível contestar, em juízo, o fato de a autoridade sanitária entender como medida adequada para prevenção da disseminação da AIDS uma campanha de esclarecimento pelos meios de comunicação, em lugar, por exemplo, de exigir-se de turistas em visita ao país a exibição de um exame negativo de doença”.

entende como sendo a primordial –, constante da Constituição como Ordem Fundamental, qual seja, a preservação da vida.

O tema, reconhece-se, está longe de qualquer sinal de pacificação, seja no meio acadêmico, seja na atividade forense. Pretende-se aqui contribuir com o debate acerca da matéria, não abrindo mão, porém, do caminho cujo destino e meta procuram tornar efetivo o texto constitucional.

A caminhada é árdua e certamente será objeto de ampla discussão. É intenção desta dissertação sustentar que, no tocante ao controle jurisdicional das políticas públicas, aquelas especificamente voltadas para a saúde terapêutica, quando necessária para preservação da vida, merecem tratamento constitucional diverso, mitigando a aplicação de objeções como reserva do possível e princípio da Separação de Poderes. Outrossim, demonstrará que hoje, em favor do direito à saúde, os Tribunais assumem a tendência até mesmo de intervir no orçamento, como forma de ser resguardada a efetividade do direito à vida.

O primeiro capítulo tem o intuito de demonstrar a natureza jurídica da saúde como direito fundamental. Será enfatizado, com amparo em Doutrina e Jurisprudência, a vinculação jurídica que decorre das suas dimensões subjetiva e objetiva, evidenciando, assim, a primeira *causa petendi* de uma eventual demanda voltada para o controle da política pública nesse setor.

CAPÍTULO I – POLÍTICAS PÚBLICAS E SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A noção de Políticas Públicas está associada a ideias como ação, programa estatal, cumprimento de fins, concretização de direitos, atividades decisórias, recursos financeiros, condições fáticas e jurídicas.

Políticas Públicas representam o conjunto de decisões e ações governamentais que tem por meta a implementação dos direitos fundamentais prestacionais assegurados pela Constituição Federal.

Ronald Dworkin (*apud* Comparato, 1998, p. 44) assinala que política pública é o tipo de atuação “que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil”.

As *policies* se caracterizam pela interdisciplinariedade, envolvendo elementos da ciência política e da ciência da Administração. Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39), evidenciando as complexas condições que circundam as políticas públicas, assevera:

Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Eros Roberto Grau (2000, p. 21) leciona:

A expressão política pública designa atuação do Estado, desde que a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade (...). A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.

Antes do constitucionalismo atual, o tema envolvendo políticas públicas limitava-se ao campo político, cuja formulação e realização ocorriam apenas no âmbito do Legislativo e do Executivo.

Esses Poderes, no exercício de sua discricionariedade política e administrativa (liberdade de conformação), planejavam e decidiam as iniciativas governamentais cujo objetivo era a implementação de serviços e programas que, realizando comandos jurídicos gerais, procuravam satisfazer interesses relevantes da sociedade.

Tudo ocorria sem maiores vinculações ou imposições normativas, visto que, nesta fase, o pensamento acerca da Constituição se resumia a entendê-la como documento político que organizava e disciplinava a composição e o funcionamento do Estado e dos seus Poderes, contendo, ainda, no campo dos direitos sociais e das políticas públicas, meras recomendações e promessas que, muitas vezes, se limitavam a fins retóricos.

Na atual fase neoconstitucionalista, a análise das políticas públicas sob a perspectiva jurídica ganha força (políticas públicas assumindo também a natureza de norma jurídica).

O interesse em se analisar as Políticas Públicas sob este viés decorre, sobretudo, do fato de que, se os direitos fundamentais (especialmente os sociais) estão previstos no documento de maior relevância no ordenamento jurídico, detentor de indiscutível força normativa (e não mera recomendação); e se as políticas públicas, num Estado Democrático de Direito, existem para concretizar os direitos fundamentais, cumprindo os ditames do art. 3º da Constituição Federal³, então é possível realizar o controle judicial das omissões e das ineficientes iniciativas governamentais neste campo.

As políticas públicas representam atividades planejadas – programas de ação – que procuram alcançar objetivos sociais determinados. Sua finalidade é, através dos atos e realizações de serviços públicos (unidades de ação administrativas), proteger direitos assegurados na ordem jurídica. Daí a existência de pontos de intersecção das searas política e jurídica nesta matéria, como bem enfatiza Cristiane Derani (2006, p 136):

³ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, as políticas públicas são concretizações específicas de normas políticas, focadas em determinados objetivos concretos. A norma política é o início de uma política porque ela já anunciará o quê, como e para quê fazer. Política Pública usa de instrumentos jurídicos para finalidades políticas, isto é, toma os preceitos normativos para a realização de ações voltadas àqueles objetivos que se reconhecem como necessários para a construção do bem estar.

A realização de políticas públicas pelo Estado, concretizando preceitos constitucionais, perfaz o cumprimento de um dever. Da mesma forma que compete ao Estado a ação normativa especificando as normas políticas constitucionais, a ele também impõe a ação executiva.

Clémerson Mérlin Cléve (2003, p. 389) também pontua:

Assim, podemos dizer que a Constituição Federal define alguns aspectos e retira do debate político uma série de outros. Ela, que tem uma dimensão política, tem outra dimensão que é despoliticadora, quer dizer, isto que está definido politicamente a partir de agora é direito e, como questões nucleares, estão e haverão de estar fora do debate político, porque são princípios fundamentais, porque são objetivos fundamentais, porque são cláusulas pétreas ou porque são direitos fundamentais.

A formulação de uma política pública pode ser dividida em etapas: a) planejamento; b) Execução; e c) controle.

A fase inaugural corresponde à:

- a) coordenação das atividades que serão adotadas para alcançar os objetivos sociais propostos;
- b) fixação de metas;
- c) elaboração de critérios para aferir a racionalidade dos meios eleitos para alcance dos objetivos.

A correlação dos meios técnicos para o alcance das metas é um processo de decisão política. O planejamento é influenciado ideológica (transformação do quadro econômico-social) e eticamente pelos valores constitucionais cuja realização se tem o dever de realizar.

Com o olhar no presente, busca-se um porvir diferenciado na distribuição de bens e serviços. Para tanto, faz-se necessário muitas vezes a alteração da estrutura organizacional-administrativa⁴, a fim de que os serviços públicos possam alcançar as metas sociais ainda não

⁴ Devem aqui ser asseveradas as reformas administrativas voltadas para adequar as estruturas administrativas em prol da eficiência da prestação de serviços públicos que ocasionaram, por exemplo, a transferência de atividades

cumpridas. Gilberto Bercovici declara (2006, p. 147) que “O planejamento exige um Estado forte, capaz de direção e coordenação. Para promover o desenvolvimento, devem ser reformuladas as funções do Estado, bem como deve ser reestruturado o seu instrumental”.

Em matéria de saúde pública, as políticas públicas tiveram uma maior atenção e importância nos últimos anos, sendo possível atribuir esta crescente a fatores de ordem normativa e política.

O primeiro marco constitucional a tratar do direito à saúde foi a Carta de 1934, considerada a primeira Constituição Social do Brasil, promulgada no Governo provisório de Getúlio Vargas após a Revolução Constitucionalista de 1932. De maneira genérica e fazendo menção ao direito em dispositivos que assumiram o formato de regra de competência, previa a Carta Magna da época:

Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

(...);

II - cuidar da saúde e assistência públicas;

(...);

Art 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

(...);

f) adoptar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbilidade infantis; e de hygiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

g) cuidar da hygiene mental e incentivar a lucta contra os venenos sociaes.

No campo da legislação trabalhista, a Constituição de 1934 ainda previu a assistência médica e sanitária para o trabalhador (art. 121, § 1º, h).

A Constituição de 1937, conhecida como “A Polaca”, outorgada durante o governo ditatorial de Getúlio Vargas (Estado Novo), também foi muito tímida com relação aos direitos à saúde, tratando-os apenas como regras de competência. Num dos dispositivos, inclusive, o poder constituinte originário trouxe um dispositivo específico sobre a saúde das crianças. Observe-se:

para pessoas jurídicas privadas (entes do chamado 3º Setor), a fiscalização dos serviços públicos pela criação de Agências etc.

Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

(...);

XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

(...)

Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, 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, sobre os seguintes assuntos:

(...);

c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;

Retornando ao período democrático, em 1946 promulgou-se uma nova Constituição. Ainda assim, o seu regramento acerca do direito à saúde continuou pobre, não indo além da previsão de um único dispositivo, também versando sobre regra de competência legislativa. Ei-lo:

Art. 5º - Compete à União:

(...);

XV - legislar sobre:

(...);

b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário;

No período inaugurado com a Revolução de 1964, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/69 continuaram nessa toada, prevendo apenas regras de competência material e legislativa.

Art. 8º. Compete à União:

(...);

XIV - estabelecer e executar planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento;

(...);

XVII - legislar sobre:

(...);

c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário;

Na Constituição de 1988, a normatização do Direito à saúde é moldada de forma totalmente diversa. Ao invés de apenas regras de competência, o Constituinte inaugura o tema declarando que a saúde é um direito fundamental social. Preconiza o seu art. 6º:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Como se não fosse suficiente, no seu Título VIII, a Constituição de 1988 trouxe um disciplinamento sobre a Ordem Social. No art. 196, para dirimir qualquer interpretação que pudesse diferir da que reconhece a saúde como uma posição jurídica do cidadão frente ao Estado, previu:

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.

Quebrando a tradição constitucional, e como forma de tutelar e efetivar o direito à saúde no maior grau possível, a Constituição de 1988 atribuiu a todos os entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Município – a competência material e legislativa para disciplinar a matéria. Eis o seu teor:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...);

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

(...);

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...);

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

(...);

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...);

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

A atribuição de competências prevista para todos os entes políticos da República Federativa do Brasil, aliada ao princípio da máxima efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais, levou à formação de uma jurisprudência, hoje consolidada tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de reconhecer que é solidária a responsabilidade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para conceder prestações atinentes à saúde. Para ilustrar, serão citados dois precedentes, sendo um de cada Corte:

PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (grifou-se)
(STF – RE 716777 AgR/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Melo, julgado em 09/04/2013, publicado no DJe nº 91 em 16/05/2013).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 282/STF - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - LEGITIMIDADE PASSIVA - AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. (...);

2. **Esta Corte, em reiterados precedentes, tem reconhecido a responsabilidade solidária do entes federativos da União, Estados,**

Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde. Ainda que determinado serviço seja prestado por uma das entidades federativas, ou instituições a elas vinculadas, nada impede que as outras sejam demandadas, de modo que todas elas (União, Estados, Município) têm, igualmente, legitimidade para figurarem no pólo passivo em causas que versem sobre o fornecimento de medicamentos.
(grifou-se)

4. Agravo regimental não provido.

[STJ – Ag Rg no Ag 909927/PE, 2ª Turma, Rel. Min. DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), julgado em 21/02/2013, publicado no DJe de 27/02/2013].

A Constituição trouxe regramento atinente ao Sistema Único de Saúde, organizando-o de forma hierarquizada e descentralizada, oferecendo um atendimento integral com a participação da comunidade.

Estabeleceu, ainda, que a iniciativa privada, sob a regulação, fiscalização e controle dos Poderes Públicos, poderá complementar ditos serviços considerados de relevância pública, através de convênios ou contratos regidos pelo Direito Público, tratando-se, portanto, de mais uma medida que tem como objetivo tornar a saúde um direito progressivamente universal (CF, artigos 197, 198 e 199).

A Constituição também previu normas relativas ao custeio estatal na área da Saúde. No âmbito do seu financiamento, a Emenda Constitucional nº 29/2000 procurou incrementar o gasto do governo federal com a saúde pública, elevando a participação dos demais entes federados no financiamento do SUS.

Ao demonstrar a relevância e a consideração com os serviços públicos e as ações voltadas para a saúde, o Poder Constituinte preconizou até mesmo a possibilidade de haver a intervenção federal ou estadual na hipótese de Estados ou Municípios não aplicarem o mínimo exigido de suas receitas com impostos no referido setor.

No âmbito da legislação infraconstitucional, o incremento da proteção legal da saúde pode ser inferido da atuação dos Poderes constituídos. A Lei nº 8.080/90 (SUS) e a Lei nº 8.142/90 (participação da comunidade no SUS e nas políticas sanitárias), consideradas em conjunto com a Lei Orgânica da Saúde – LOS, juntamente com a Lei Complementar nº 141/2012, pormenorizam o texto constitucional. Entre outras regulamentações, elas estabelecem que a saúde corresponde a ações que garantam para comunidade o bem-estar físico, mental e social; orientam a organização, direção e gestão entre os entes federados; disciplinam o financiamento do SUS; e regulamentam a forma de atuação da iniciativa privada no setor.

Ainda no âmbito institucional, cabe registrar o surgimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei nº 9.961/2000) e do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782/99), pessoas jurídicas de direito público moldadas no espírito da reforma administrativa ocorrida na década de 90. À primeira compete a regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. À segunda, entre outras atribuições, conferiu-se a competência de definir a política nacional de vigilância sanitária, bem como a normatização, o controle e a fiscalização dos produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde.

A Política Nacional de Medicamento, voltada para a redução de preços, o uso racional e a disponibilização de remédios eficazes e de qualidade, fez emergir, e aqui mencionam-se, a título exemplificativo, a oferta de medicamentos genéricos (Lei nº 9.787/1999), a regulamentação dos medicamentos e insumos farmacêuticos (Lei nº 6.360/1976) e o Decreto que instituiu o Programa Farmácia Popular do Brasil (nº 5.090/2004).

Todos esses diplomas normativos são voltados para tutelar o serviço público de saúde, que tem como princípio a universalização das prestações de saúde para a população brasileira. A supramencionada legislação é ainda reforçada por diversas normas estaduais e municipais que regem a matéria.

Esse espírito de proteção ao direito à saúde no Brasil recebeu inspiração também de normas vigentes no plano internacional. Em primeiro lugar, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, onde foi construída uma ética universal gravitando em torno da dignidade da pessoa humana:

Artigo XXV

1. **Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar**, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e **direito à segurança em caso de** desemprego, **doença**, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (grifou-se)

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, importante instrumento normativo internacional voltado para a concretização progressiva dos direitos prestacionais, prescreve:

Artigo 12.º

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir.
2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar:
 - a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o seu desenvolvimento da criança;
 - b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial;
 - c) A profilaxia, tratamento e controle das doenças epidémicas, endémicas, profissionais e outras;
 - d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.

A legislação interna prevê que a saúde é direito ao bem estar físico, mental e social⁵. A partir de uma análise dos diplomas normativos nacionais e internacionais, e conforme vem sendo reconhecido pelos Tribunais Superiores, o direito a viver com saúde enquadra-se como um direito fundamental passível a ser exigido pela generalidade das pessoas⁶. Os Julgados a seguir são ilustrativos neste ponto:

PACIENTE COM “DIABETES MELITUS” – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS DE USO NECESSÁRIO, EM FAVOR DE PESSOA CARENTE – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA 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

⁵ O art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.080/90 preconiza: Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social

⁶ Além dos art. 6º e 196 da Constituição Federal, a Lei nº 8.080/90, no seu art. 2º, *caput*, estabelece: A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

garantir, aos cidadãos, 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 consequência 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.

(...).

(ARE 685230 AgR/MS, 2ª. Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 05/03/2013, grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INVIABILIDADE DE SUSPENSÃO DO ABASTECIMENTO NA HIPÓTESE DE DÉBITO DE ANTIGO PROPRIETÁRIO. PORTADORA DO VÍRUS HIV. NECESSIDADE DE REFRIGERAÇÃO DOS MEDICAMENTOS. DIREITO À SAÚDE.

1. (...).

2. A interrupção da prestação, ainda que decorrente de inadimplemento, só é legítima se não afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário. Seria inversão da ordem constitucional conferir maior proteção ao direito de crédito da concessionária que aos **direitos fundamentais à saúde e à integridade física do consumidor**. Precedente do STJ.

3. Recurso Especial provido.

(Resp 1245812, 2ª. Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 01/09/2011, grifou-se).

Enquanto direito fundamental, a saúde insere-se como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º), vinculando os Poderes Públicos e os particulares. Sendo esta a natureza jurídica da saúde (direito fundamental formal e material), passa-se, doravante, a analisá-la enquanto tal, destacando-a sob o invólucro da primeira *causa petendi* de demandas voltadas para a implementação do controle judicial de suas políticas, o que protagoniza importante instrumento em prol da limitação do poder e da preservação e aprimoramento das capacidades do ser humano. Tratar-se-á, a seguir, das dimensões do direito à saúde, ou seja, seu viés subjetivo e objetivo, começando, a seguir, pelo primeiro

1.1 Dimensão Subjetiva do Direito Fundamental à Saúde

As Constituições dos Estados Modernos trazem normas que organizam o poder político e o seu exercício, descrevem direitos dos indivíduos e traçam metas, tarefas ou finalidades que devem ser buscadas pelo Estado instituído⁷.

A tarefa de conceituar os direitos fundamentais é das mais complexas da Ciência do Direito. Eles apresentam diversas posições jurídicas, incluindo-se, aqui, a titularidade de direitos subjetivos. As normas de direitos fundamentais são fontes que embasam pretensões jurídicas pleiteadas junto aos Poderes que representam parcelas da soberania nacional.

Os direitos fundamentais, por natureza, são bilaterais, o que significa dizer que, em regra, dois sujeitos de direitos, situados em pólos adversos e interligados por uma relação jurídica, apresentam-se em posições jurídicas díspares: de um lado, está o titular de um bem jurídico, passível de ser violado; do outro, está o que possui o dever jurídico de agir. Este, de acordo com a ordem natural das coisas, deverá atender espontaneamente o comando normativo.

O titular do direito subjetivo, portanto, possui a pretensão de vê-lo atendido. Na hipótese de ocorrer a sua violação ou inobservância, o ordenamento jurídico prevê a utilização de instrumentos jurídicos (Ações e Procedimentos) capazes de fazerem sanar a situação que se apresenta contrária ao ordenamento jurídico e seus valores.

Os direitos fundamentais criam, destarte, uma posição jurídica de vantagem para o seu titular, seja para protegê-lo de abusos contra a sua esfera de autonomia (liberdade), imputáveis ao Estado ou particular, seja para promovê-lo na busca de uma vida mais digna, proporcionando prestações que lhe sirvam para o desenvolvimento de sua personalidade e de sua cidadania, na medida em que procura reduzir as desigualdades sociais.

Como corolário lógico da força normativa da Constituição⁸, os direitos fundamentais (normas constitucionais) não mais se apresentam como preceitos morais ou

⁷ **Eduardo Garcia de Enterría**, em artigo com o título **Constituição como Norma** in: CLÈVE, Clémerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.). Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional., Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 80, ressalta: “*La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir em beneficio de la comunidad*”.

⁸ A ideia de atribuir à Constituição valor normativo superior, atribuindo-lhe a função de fundamento de validade das normas infraconstitucionais surge no constitucionalismo americano. Nas primícias desse pensamento está a concepção de que o Direito Natural se posicionava em patamar acima do Direito Positivo, sendo por este inderrogável. Num ambiente social onde havia diversas disputas entre os colonos ingleses e a Coroa, muitas questões eram levadas aos Tribunais, sob o fundamento de que violavam normas e princípios mais altos.

meras recomendações⁹. Eles gozam de imperatividade, criando obrigações para aqueles que, no vínculo jurídico que fazem surgir, posicionam-se como detentores de dever jurídico. Este terão de cumpri-lo, espontânea ou coercitivamente, através dos meios legais.

Essa imperatividade potencializada – já que os direitos fundamentais estão presentes no bojo do mais importante texto normativo – culmina por atribuir ao Poder Judiciário papel de maior protagonismo na Democracia brasileira, legitimando a sua intervenção nas hipóteses em que as políticas públicas traçadas pelo Legislativo e Executivo não são eficientes.

Algumas decisões relativas ao direito à saúde, nesse viés subjetivo, merecem ser aqui referidas, a demonstrar o pensamento externado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

O primeiro caso é o acórdão prolatado em Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário nº 271.286-8, apreciado pela 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal em 12/09/2000 (publicado no D.J. 24/11/2000), relatado pelo Ministro Celso de Mello.

A questão envolvia o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV (AIDS), que não tinham condições financeiras para arcar com o ônus das despesas com o tratamento.

O Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Porto Alegre interpuseram Recurso Extraordinário da decisão do Tribunal de Justiça gaúcho, que reconheceu como sendo responsabilidade dos entes políticos, com fulcro no art. 196 da Constituição Federal, o fornecimento de medicamentos gratuitos aos portadores do vírus HIV que revelassem a condição de hipossuficientes do ponto de vista financeiro.

A despeito de o recurso haver apresentando situações processuais que impediam o seu conhecimento (juízo negativo de admissibilidade¹⁰), o Ministro Celso de Mello, primeiro de forma monocrática, e depois em colegiado, haja vista a magnitude do direito à saúde,

⁹ Pertinentes as lições de Ana Paula de Barcellos (2011, p. 18): “Na Europa, até meados do século XX, a Constituição era uma norma dirigida basicamente aos poderes constituídos e principalmente ao Legislativo, cabendo a este sua interpretação e implementação. Salvo pelos direitos individuais que limitavam a ação do Executivo e podiam contra ele ser opostos, a Constituição não era uma norma jurídica como as demais; o acesso a ela não estava franqueado aos indivíduos e ao juiz”.

¹⁰ Alegando violação ao princípio da legalidade, o recurso levou ao STF questão que, em tese, impugnava decisão que violava indiretamente o texto da Constituição Federal, o que inviabiliza o seu conhecimento (RTJ 144/962). Também não mereceu conhecimento o recurso extraordinário por não impugnar todos os fundamentos que davam sustentáculo ao acórdão recorrido, incidindo, portanto o teor da Súmula 283 do STF (É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.). Por último, o recurso não mereceu conhecimento por versar sobre matéria de natureza infraconstitucional, quando então deveria ter havido a interposição do cabível Recurso Especial.

adentrou no mérito da demanda, apresentando posicionamento que é reiteradamente destacado pela Doutrina e Jurisprudência.

Em primeiro lugar, aliou o artigo 196 da Constituição Federal – **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** – ao valor da **solidariedade social**, para impor a todos os entes políticos o dever de cumprir o aludido comando constitucional.

Em seguida, a sua análise ponderou os bens jurídicos em jogo, ou seja, de um lado a inviolabilidade do direito à vida e à saúde; do outro o interesse secundário do Estado, manifestado através da preocupação com aspectos financeiro da questão. Sopesou os direitos em conflito e fez prevalecer o respeito indeclinável à vida e à saúde.

Destacando o acesso universal e igualitário às políticas de saúde implementadas pelos entes políticos, enfatizou que a norma programática contida no art. 196 da Constituição Federal “não poderia converter-se em promessa constitucional inconsequente, 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”.

O acórdão prolatado no Recurso Extraordinário nº 271.286-8 considerou a saúde como um direito fundamental social e essencial, impondo à parte contraposta – no caso o Poder Público – o dever de conceder prestações positivas previstas pelo ordenamento jurídico.

Essa decisão prolatada no Recurso Extraordinário nº 271.286-8 serviu de referência expressa no julgamento do Recurso Extraordinário nº 411.557 (Relator Ministro Cezar Peluso, D.J. 26/10/2004), no Agravo de Instrumento nº 373.976 (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, D.J. 02/12/2004), no Recurso Extraordinário nº 342.413 (Relator Ministro Ellen Gracie, D.J. 09/11/2004) e no Agravo de Instrumento nº 452.312 (Relator Ministro Celso de Melo, D.J. 23/06/2004).

Outra decisão que influenciou bastante o pensamento do Supremo Tribunal Federal sobre a judicialização da Saúde é encontrada no incidente de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (STA 175), relatado pelo Ministro Gilmar Mendes.

Este precedente tem o mérito de propor critérios a serem tomados nas demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos, tratamento hospitalar variado (inclusive fora de

domicílio), criação de leito ou de vagas em UTI, alimentos suplementares, concessão de próteses e órteses etc.

No seu entendimento, “na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas”.

A decisão prolatada no Incidente de Suspensão de Tutela Antecipada nº 75 menciona que o julgador deve, em primeiro lugar, verificar se a prestação da saúde está abrangida na política pública estatal vigente. Se o direito perseguido estiver inserido entre as políticas estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde – SUS, o Judiciário, na hipótese de deferi-lo, não estará inovando a ponto de se caracterizar uma violação ao Princípio da Separação de Poderes.

Se a benesse específica não estiver contemplada pela política do SUS, cabe ao julgador aferir se a omissão que fundamenta a pretensão decorre de uma lacuna legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa no sentido do não fornecimento ou de uma vedação legal.

Na hipótese de medicamentos, existe previsão legal no sentido de que, inexistindo o registro do fármaco na Agência de Vigilância Sanitária, é defeso à Administração Pública fornecê-lo¹¹. Porém, aqui se faz o registro de que, como não há direitos absolutos, é possível que em dadas situações, o direito à vida, numa situação de risco, possa levar à concessão de um provimento jurisdicional que determine o fornecimento de medicação ainda não registrada junto à ANVISA.¹²

No que se refere a decisões ou lacunas administrativas de não aplicação de um novo tipo de tratamento, a decisão na STA nº 175 faz uma clara dicotomia. O controle judicial terá que redobrar a cautela, diferenciando-se a postura a ser adotada quando se estiver diante

¹¹ Lei nº 6.830/76. 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. (...);

¹² Considerando que o Sistema Único de Saúde baseia-se em Protocolos Clínicos e em Diretrizes Terapêuticas (nos quais se apresenta um determinado tratamento ou medicamento e sua quantidade para certa enfermidade diagnosticada), não raro a burocracia na formulação desses protocolos e diretrizes não acompanha o progresso da medicina, ficando defasados diante de novas evoluções médicas. O cuidado aqui deve ser ainda maior no exercício da Judicialização do Direito à Saúde. Pertinentes as palavras do Procurador-Geral da República na Audiência Pública ocorrida no STF. Ei-las: “Se é certo que o Estado tem o dever de garantir saúde aos seus cidadãos, mais certo ainda é que não pode o Estado cancelar que esse mesmo cidadão possa correr o risco no uso de medicamento cuja eficácia não esteja comprovada, podendo colocar em risco o próprio bem jurídico que se quer preservar, qual seja, a vida” (STF, 2009, p. 44).

de tratamentos experimentais ou de novos tratamentos ainda não assimilados pelo Sistema Único de Saúde.

Quando a ação de saúde estiver classificada como da espécie experimental¹³, isto é, quando ainda não exista comprovação científica de que, se for aplicada, terá eficácia contra a enfermidade, o Estado, nessa situação, não poderá ser impelido a fazê-la incidir¹⁴.

Infere-se da decisão que o direito à saúde, a despeito da sua vinculação com o direito à vida, não pode ser tomado de forma absoluta, a ponto de autorizar que se determine à Administração Pública, em detrimento da garantia da higidez do próprio paciente e do planejamento financeiro adotado (gastos com a Saúde Pública), que arque com medicações ou tratamentos cujo grau de confiança e de eficácia esteja na zona de dúvidas e incertezas.

Na hipótese de tratamentos ainda não assimilados pelo Sistema Único de Saúde, a decisão na STA nº 175 decidiu que, somente após uma instrução bastante aprofundada, onde a questão possa ser debatida de maneira mais ampla possível, será possível decidir, em homenagem ao direito à vida, à saúde e ao princípio da dignidade da pessoa humana, se o Judiciário poderá impor medida diferente da que, em regra, é custeada pelo SUS.

Daí a pertinência da menção ao escólio de Robert Alexy (2008, p. 511/512), constante da decisão, e que aqui se transcreve haja vista a sua lucidez e propriedade:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou

¹³ Nas palavras de Paulo Marcelo Gehm Hoff, representante da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, do Instituto do Câncer de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP, medicações experimentais “não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso deve ser apenas em estudos clínicos ou programas de acesso expandido. Certamente, não há nenhum papel do SUS ou nenhuma fonte pagadora em cobrir os gastos” (STF, 2009, p. 205).

¹⁴ Há precedente no STF indeferindo a suspensão de tutela antecipada concedida para que o Poder Público prestasse um tratamento experimental. Trata-se do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223. Inicialmente a suspensão da decisão foi deferida pela então Presidente da Corte, Min. Ellen Gracie (violação da ordem pública), cessando os efeitos da decisão interlocutória do Tribunal de Justiça pernambucano, que determinava o pagamento, pelo Estado de Pernambuco, do implante de um marcapasso diafragmático muscular – MDM, fazendo com que o paciente, baleado em assalto, pudesse respirar sem depender de aparelhos mecânicos (o valor da época era de US\$ 150.000,00). Em sede de Agravo Regimental, o Tribunal reformou a decisão monocrática, mantendo hígidos os efeitos da Tutela Antecipada concedida. Pesaram, no caso, argumentos relativos à saúde, bem como o reconhecimento de que o Estado de Pernambuco, no caso, agiu inadequadamente (omissão culposa) em matéria de segurança pública, já que a vítima teria sido alvejada em localidade de alta periculosidade, sem a devida atenção dos órgãos de segurança pública de Pernambuco.

não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

Entra em cena, portanto, a ponderação dos direitos e princípios em conflito e o sopesamento de provas e dados fáticos, chegando-se a um resultado que evidencie que o Estado não está apenas restrito a atender a pretensões que se insiram entre as políticas públicas traçadas com amparo no art. 196 da Constituição Federal.

De todos esses emblemáticos precedentes, infere-se que, do ponto de vista subjetivo, o direito à saúde traz como consequência os deveres de promoção, de proteção e de respeito.

O **dever de promoção** significa que o Poder Público deverá adotar os meios e instrumentos necessários para fornecer as prestações necessárias a fim de que o direito à saúde seja efetivado. E aqui merece um registro:

Existe posicionamento no sentido de que a atividade pública de promover os direitos fundamentais se resume ao seu aspecto básico. Então o Estado somente tem o dever de cumprir uma saúde básica, uma educação básica, uma segurança básica etc. Ousa-se aqui abrir uma exceção e problematizar tal afirmativa.

No caso do direito à saúde, é preciso reconhecer que a sua garantia mínima é diferente daquilo que é considerado básico em relação aos demais direitos. Isto porque se um tratamento terapêutico diferenciado ou um medicamento especializado for considerado imprescindível para salvar a vida do paciente enfermo, então isto, na visão deste estudo, insere-se no conceito de “saúde básica”, cabendo ao Estado assegurá-lo.

A não ser assim, a pessoa não sobreviverá, não fazendo sentido nenhum a previsão de qualquer direito para ela. Estar-se-á negando o direito à vida. Vive-se sem liberdade, sem educação, sem lazer, sem tantos outros direitos. Mas, a depender do caso, não se vive sem uma prestação material de saúde (e aqui o estudo se refere, por óbvio, a enfermidades que necessitam de cuidados diferenciados, sem os quais a vida digna corre risco de perecer.

O direito à saúde, cuja indisponibilidade é inequívoca, autoriza inclusive a atuação de instituições como o Ministério Público, investido do múnus de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), no sentido de tutelar em juízo a higidez de pessoas maiores e capazes. É o que pensa a jurisprudência das maiores Cortes deste país:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde.

2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.

(AI 809018 AgR / SC, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 09/10/2012, grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PESSOA DETERMINADA. SAÚDE. DIREITO INDISPONÍVEL.

1. A iterativa jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Ministério Público detém legitimidade para defesa do direito à saúde, ainda que de pessoa determinada.

2. O direito à saúde, previsto constitucionalmente, é indisponível, em vista do bem comum maior protegido, decorrendo dessa premissa a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública visando garantir a realização de exame a pessoa que dele necessite.

3. Recurso especial provido.

(Resp nº 1.330.352, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 29/05/2013, grifou-se).

Complementa o dever de promoção o **dever de respeito** e o **dever de proteção**.

O primeiro impõe ao Estado que não viole o direito fundamental à saúde, cabendo-lhe uma atuação que se abstenha de colocar em risco a saúde das pessoas (*non facere*). O último traz para o Poder Público a tarefa de criar os meios necessários para impedir que terceiros venham a lesar o direito à saúde. E aqui entra o aspecto da horizontalidade dos direitos fundamentais, que será desenvolvido quando for tratado da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

1.1.1 Direitos Fundamentais e suas gerações. Direito à Saúde e suas multifaces.

Como restou já definido, o direito à saúde representa um direito fundamental, assegurado a todos (CF, art. 196).

Em se tratando, portanto, de um direito fundamental, convém apreciá-lo à luz Teoria das Gerações dos Direitos, pioneiramente criada pelo jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak¹⁵, amplamente acolhida pela Doutrina constitucional.

Os **direitos de 1ª. Geração** são aqueles que dizem respeito à relação homem *versus* Estado, na perspectiva de respeito à esfera privada, coibindo-se intervenções abusivas por parte do ente estatal. São conhecidos como liberdades negativas, ou seja, o Estado não pode intervir de maneira a sufocar tais direitos.

Na teoria dos quatro *status* do homem frente ao Estado, definida por Jellinek no fim do Sec. XIX, os **direitos de 1ª. Geração** dizem respeito ao *status* negativo. Leciona Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 178):

A circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos Poderes Públicos. Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvinculado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado “é exercida sobre homens livres”.

Os **direitos de 1ª. Geração** têm seu fundamento histórico nas Revoluções Liberais dos Sec. XVII e XVIII. Sua essência decorre do reconhecimento de que o homem é titular de direitos oponíveis contra o Estado.

Voltando no tempo e lembrando a Idade Moderna, quando a Europa era governada por regimes absolutistas, a exemplo da França com os *Bourbons* e a Inglaterra com os *Tudors*, o poder do soberano sufocava todas as liberdades na sociedade.

Nessa época, eram corriqueiras as situações de intolerância religiosa, ausência de liberdade de expressão, de liberdade política, de liberdade econômica e até mesmo de

¹⁵ Karel Vasak teorizou as gerações de direitos a partir do lema da Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade), simbolizado nas cores da bandeira da França (azul, branco e vermelho), numa aula inaugural do Curso Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, nos idos de 1979.

garantias processuais. George Marmelstein traz um interessante panorama da época (2011, p. 40/41):

Imagine um ambiente em que ninguém podia escolher a sua própria religião, de modo que qualquer pessoa que tivesse uma crença diferente da adotada oficialmente pelo Estado poderia sofrer punições, já que não havia tolerância religiosa. Basta dizer que o Tribunal da Santa Inquisição foi restabelecido pela Igreja Católica em 1542 justamente para acabar com os “hereges”, que tinham a ousadia de questionar a fé imposta pelo soberano e pela Igreja.

É natural que, em um ambiente assim, também não houvesse espaço para o livre desenvolvimento do pensamento. Aqueles que apresentavam ideias mais progressistas eram uma ameaça à estabilidade política e religiosa, ainda que essas ideias pudessem ser demonstradas pela razão e pela ciência. Quem não se recorda das perseguições sofridas por Copérnico e Galileu, ao longo dos séculos XVI e XVII, por defenderem que a Terra gira em torno do Sol e não o contrário? Quem nunca ouviu falar do *Index Librorum Prohibitorum*, índice dos livros proibidos, criado pela Igreja Católica no século XVI?

No âmbito da repressão penal, o Estado era implacável. Os juízes condenavam sem garantir o direito de defesa ou mesmo o contraditório aos acusados. As penas eram cruéis, desumanas, e desproporcionais à gravidade do delito cometido. O clássico *Dos delitos e das penas*, escrito pelo jovem Cesare Bonesana Beccaria no ano de 1764, quando ele tinha apenas 26 anos, foi uma das denúncias mais enfáticas desse sistema penal desumano, que adotava julgamentos secretos e aceitava a tortura como meio de se obter a confissão dos crimes, entre outras barbáries.

Nesse mesmo regime político, o Estado tinha que cobrar dos seus súditos uma pesada carga tributária para manter a sua estrutura dispendiosa e financiar as suas frequentes guerras e expansões territoriais. Quem pagava isso era o povo.

Os privilégios concedidos à nobreza e ao clero, que não precisavam se sacrificar para sustentar os caprichos e prazeres do Rei, contribuíram ainda mais para estimular um sentimento de revolta popular.

E o pior era que a sociedade não tinha sequer o direito de participar das tomadas de decisões. Não havia o direito de voto. As leis eram feitas unilateralmente pelo soberano que, por sinal, não era escolhido pelo povo.

Os regimes absolutistas apresentavam as características da centralização do poder; o reconhecimento internacional dos limites e fronteiras dos Estados Nacionais; a burocracia estatal; a existência de um exército permanente; a burocracia estatal e a uniformidade de leis, impostos e moedas.

Diante de tantas liberdades tolhidas, o passar do tempo levou a insatisfação social ao paroxismo, surgindo manifestações concretas e inequívocas de rompimento com o *status quo*.

No campo da liberdade religiosa, ocorreu o movimento da Reforma no Sec. XVI, liderada por Martinho Lutero, dando início ao enfraquecimento da força política da Igreja e ao surgimento da tolerância religiosa¹⁶.

Na seara econômica, as ideias liberais pugnavam pelo afastamento do Estado da Economia. Em 1776, Adam Smith, considerado o pai do Liberalismo Econômico, publica a obra “A riqueza das Nações”. Surge a doutrina do *laissez-faire, laissez-passer*, destacando a capacidade de o mercado se autogerir e se autorregular (Mão invisível do mercado).

No aspecto político, ganha força a influência da burguesia, que, até então, apesar de ter o domínio dos recursos e meios de produção, era relegada ao plano de pagar impostos e sustentar a máquina pública. Sua importância política, isto é, seu interesse de interferir na gestão do Estado, passa a ser uma reivindicação a partir do poder econômico de que dispunham¹⁷.

Todo esse contexto vai culminar com a eclosão das Revoluções Liberais, que resultam na criação do Estado de Direito.

A Revolução Francesa, marco de início da idade contemporânea, através do seu viés liberal de limitação do poder estatal, de participação do indivíduo na condução do Estado e de proteção da sua esfera privada, legou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte de 1789¹⁸.

¹⁶Martinho Lutero publicou as suas 95 teses, na porta da Igreja de Wittenberg, em 1517, questionando a avareza e o paganismo na Igreja Católica, questionando, por exemplo, a venda de indulgências, quando então a igreja, a troco de somas em dinheiro para a reforma da Basílica de São Pedro, remia os pecados dos fiéis, independente de confissão ou de arrependimento.

¹⁷ Não se pode deixar de citar a célebre obra do Abade Sieyès, denominada O que é o Terceiro Estado? Para demonstrar a situação de inferioridade da burguesia (Terceiro Estado) em relação ao *status* do Clero (Primeiro Estado) e da Nobreza (Segundo Estado), este importante ativista da Revolução Francesa escreveu: “O que é o Terceiro Estado? Tudo. O que tem sido até agora na ordem política? Nada. O que deseja? Vir a ser alguma coisa?”.

¹⁸ Vale aqui citar os seus dispositivos mais abrangentes no tocante à liberdade dos indivíduos e sua participação na gestão da coisa pública: **Art. 4.º** A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. **Art. 5.º** A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. **Art. 6.º** A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

A Revolução Americana, que culminou com a independência dos Estados Unidos em 1776, deixou para o mundo a Declaração de Direitos da Virgínia, reconhecendo ser do povo a titularidade do poder¹⁹.

É nesse contexto delineado na etapa primeva do constitucionalismo desenvolvido no Ocidente que se destacam os **direitos de 1ª. Geração** que são direitos de participação e de resistência ou de oposição ao Estado.

Eles se especificam nos direitos civis e políticos, inserindo-se nesta categoria, *verbi gratia*, o direito de gozar a vida, de participar da vida política do ente estatal e as mais variadas espécies de liberdade. Vale aqui citar a liberdade de locomoção, a liberdade de pensamento, a liberdade de culto e de religião etc.

Eis as palavras de Paulo Bonavides (2007, p. 564):

Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos de liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.

São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.

Acontece, porém, que, se os diplomas mais significativos da época liberal passaram a garantir os valores da liberdade e a igualdade, a última, em verdade, se resumia ao plano teórico, não correspondendo aos anseios de justiça e de equiparação dos desiguais (basta recordar que nos Estados Unidos, por exemplo, mesmo com a declaração da Independência em 1776, havia o regime escravocrata e a exclusão das mulheres de certos direitos).

A igualdade pregada era apenas a formal, que não levava em conta as diferenças substanciais existentes entre os homens, mantendo-se absoluta a propriedade e os vínculos contratuais.

No Sec. XIX, ocorre um fato histórico que inspira as exigências de outra espécie de direitos fundamentais: a Revolução Industrial e o surgimento dos **direitos de 2ª. Geração**.

¹⁹ **Art. 2º.** Toda a autoridade pertence ao povo e por consequência dela se emana; os magistrados são os seus mandatários, seus servidores, responsáveis perante ele em qualquer tempo.

Eles surgem num contexto histórico de profunda insatisfação social. O desenvolvimento tecnológico da época mudou profundamente as técnicas de produção industrial, fazendo a Economia dar um salto gigantesco.

Se os proprietários dos meios de produção viviam períodos de prosperidade, a classe trabalhadora suportava condições de trabalho desumanas, sem ter direito a pontos básicos de uma relação trabalhista, a exemplo de salário-mínimo, jornada de trabalho, direito a férias, entre outros²⁰.

Em 1848, novas ideias revolucionárias apontam com o surgimento do Socialismo Científico, do alemão Karl Marx, em sua obra “Manifesto Comunista”, na qual pregava, em síntese, a luta de classes e a união dos trabalhadores em prol da construção de um Estado Proletário.

Em 1891, o Papa Leão XIII emite a encíclica *Rerum Novarum*, ponto de partida da Doutrina Social da Igreja, que aprecia a situação de miserabilidade do operário, criticando, de maneira profunda, a teoria e a prática tanto do liberalismo como do socialismo, convocando a todos para se unirem em prol de uma ordem social justa.

Em 1917, ocorreu a Revolução Russa, consequência da insatisfação social com o regime absolutista comandado pelo czar Nicolau II. A crise política, econômica (despesas com a 1ª. Guerra Mundial) e social (exploração dos camponeses) causou a abdicação do czar, assumindo um governo provisório.

Em outubro de 1917, ao não solucionar as dificuldades vividas pelo povo russo, o governo provisório perdeu espaço para os bolcheviques, que articularam um golpe de Estado, sob a liderança de Lenin e Leon Trotsky. Iniciou-se uma violenta guerra civil que estabeleceu as bases do socialismo russo, ocorrendo a desapropriação de latifúndios e a nacionalização de empresas.

Surgem os primeiros documentos jurídico-constitucionais consagrando os direitos sociais: a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado em 1918, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Mexicana de 1917.

²⁰Leciona Vólia Bomfim Cassar (2010, p. 15): Com a descoberta e o desenvolvimento da máquina a vapor, de fiar e tear (1738 – 1790) expandiram-se as empresas, pois o trabalho passou a ser feito de forma mais rápida e produtiva, substituindo-se o trabalho do homem pelo da máquina, terminando com vários postos de trabalho, causando desemprego. Nasce a necessidade do trabalho do homem para operar a máquina e, com isso, o trabalho assalariado. Substituiu-se o trabalho do homem pelo do menor e das mulheres, que eram economicamente mais baratos e mais dóceis. Prevalencia a lei do mercado onde o empregador ditava as regras, sem intervenção do estado – liberdade contratual. A Jornada era de 16 horas e a exploração da mão de obra infantil chegou a níveis alarmantes.

Em 1929, acontece o início de um período de recessão econômica com a quebra da Bolsa de Valores de Nova York. Diversas empresas faliram da noite para o dia, a desvalorização do dólar foi significativa, gerando queda do consumo e altas taxas de desemprego.

Para remediar tal situação, o Presidente americano Franklin Delano Roosevelt lança o seu pacote de medidas denominado de *New Deal*, consistindo em não deixar o mercado tão livre como pregado pelas ideias liberais, passando o Estado a intervir na Economia e a realizar o investimento em políticas sociais.

Era um contexto, portanto, de insatisfação social manifesta e de uma promoção de uma igualdade fictícia entre os indivíduos. As reivindicações populares fazem o Estado desviar da sua meta até então individualista, dirigindo-se para o atendimento de demandas sociais. Surge, assim, a necessidade de construção do *Welfare State* (Estado do Bem Estar Social).

Sobre este tema, apontando outros marcos históricos, o Prof.º Dr.º Ubirajara Coelho Neto destaca (2008, p. 8):

Se o liberalismo político triunfante da revolução anglo-franco-norte-americana se consolidou do início do século passado à primeira Grande Guerra, após esta, até a queda do Muro de Berlim e o fim do Império Soviético, em contraposição à realidade comunista, desenvolveu-se no mundo ocidental a Democracia Social do “Welfare State”, que, pela intervenção do Estado procurou minimizar os excessos do capitalismo anterior através de medidas concretas assecuratórias das liberdades liberais, com ênfase na seguridade social.

As consequências desse confronto de ideias liberais e intervencionista reverberaram no conteúdo das Constituições. Nesse sentido é a lição de José Afonso da Silva (2009, p. 135 e 136):

As Constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo.

(...);

Esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O

conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições.

É nesse panorama, portanto, que encontra sustentáculo o surgimento dos **direitos de 2ª. Geração**. Fruto da exigência de uma maior igualdade material, eles se especificam nos mais diversos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Poder Público agora passa a ter a incumbência de não só proteger a esfera de liberdade do indivíduo em face da intervenção abusiva do próprio ente estatal ou de terceiros. Urge agora que o Estado proporcione os meios e as condições necessárias para que a liberdade possa ser plenamente exercida. Andréas Krell (2002, p. 19/20) afirma:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais. O Estado, através de leis, atos administrativos e da criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas políticas sociais (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direito constitucionalmente protegidos.

Mais uma vez invocando a Teoria do Status de Jellinek, trata-se de direitos que revelam liberdades positivas (*status positivus*), inserindo-se no seu suporte fático a concretização de prestações de ordem jurídica ou fática.

No plano internacional os direitos sociais vieram positivados no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Duas características lhe são reconhecidas. Em primeiro lugar, ressaltou-se que a efetividade dos direitos sociais se dá de maneira progressiva, cabendo aos Poderes Públicos inserirem o máximo de recursos possível na sua concretização. Em segundo, a proibição do retrocesso após o incremento dos níveis de realização de políticas públicas na seara social.

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

Sobre esta geração de direito, Vladimir Oliveira da Silveira e Ernani Contipelli discorrem (2008, p. 2581/2582):

Com efeito, após a Primeira Guerra, quando nos referimos aos direitos humanos, não falamos mais apenas dos direitos individuais, sejam eles civis ou políticos, mas também em direitos sociais, econômicos e culturais. Essa nova dimensão dos direitos passa, a partir desse momento, a compor um novo todo indivisível dos Direitos Humanos, na segunda metade do século XX, principalmente, após o Pacto Econômico, Social e Cultural de 1966.

No que tange à proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, cumpre lembrar que, nos termos colocados pelo Pacto, está condicionada à atuação do Estado. No dizer de Flávia Piovesan¹⁸, tais direitos apresentam “realização progressiva”, demandando do Estado prestações positivas e negativas. Ainda com base no Pacto, acresce-se ao dever do Estado em adotar medidas por esforço próprio a importância da cooperação internacional, nos dias de hoje.

Sendo assim, vislumbra-se que na segunda geração de direitos humanos uma nova dimensão dos direitos fundamentais foi descortinada, qual seja, a dimensão da igualdade, que implica em profundas mudanças nos direitos da primeira geração²¹.

A simbiose²² entre os direitos de 1ª e 2ª Geração é vislumbrada pela doutrina. O pleno exercício dos direitos de liberdade depende de uma efetiva concretização dos direitos sociais, a exemplo da educação e da saúde. A recíproca também é verdadeira. Só se pode alcançar os níveis de igualdade almejados se os indivíduos estiverem no pleno gozo da liberdade. Ressalta Celso Lafer (1988, p. 127):

Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes buscam assegurar as condições de pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido mais amplo (...).

Até aqui os enfoques conferidos aos direitos fundamentais resumiam-se ao homem em sua individualidade. Com o decorrer do tempo, a mudança de paradigma deixa a perspectiva individual, passando para uma análise dos direitos fundamentais de âmbito coletivo, o que leva a falar dos **Direitos de 3ª Geração**.

²¹ Sobre o surgimento das dimensões dos direitos humanos, os autores vinculam cada uma delas com os anseios que preponderaram em cada fase da história do homem enquanto ser inserido na comunidade social. Eles historicamente fazem referência à dinamogênese, ou seja, “cada reclamo social cria uma nova geração de direitos humanos e traz como consequência uma nova dimensão dos direitos fundamentais” (SILVEIRA; CONTIPELLI, 2008, p. 2586).

²² O relacionamento entre os direitos sociais e os direitos de liberdade também se vislumbra, conforme aponta Ingo Sarlet (2006), na medida em que existem direitos sociais de cunho negativo, verdadeiras liberdades sociais, que demandam a abstenção por parte do Estado, que deve permitir os titulares fruírem-no, como manda a Constituição, nos limites da lei. O exemplo pode ser extraído do direito de greve e a liberdade para a atuação sindical.

Essa espécie de direitos fundamentais liga-se à internacionalização dos direitos fundamentais, a partir da consagração da dignidade da pessoa humana em textos de tratados internacionais. A tutela não deve ser apenas da esfera jurídica de indivíduos ou de coletividades, devendo também abranger a humanidade.

Aqui registra-se, de forma exemplificativa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Pacto de São Jose da Costa Rica).

Os **Direitos de 3ª Geração** decorrem do espírito de fraternidade, que adveio da constatação das diferenças de condições sociais e econômicas entre os países desenvolvidos, subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Do ponto de vista de Karel Vasak, o direito ao desenvolvimento é a marca característica desta geração.

Também contribuiu para a busca dessa nova classe de direitos fundamentais o sentimento humanitário que surgiu, universalmente, a partir do reconhecimento das atrocidades cometidas pelos regimes de exceção na Europa.

Paulo Bonavides informa quais são os **Direitos de 3ª Geração**, mas faz uma advertência (2007, p. 569):

A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, de terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

A relação de Vasak, em verdade, é apenas indicativa daqueles que se delinearão em contornos mais nítidos contemporaneamente; é possível que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista se for desenvolvendo.

Daí porque já se falam em outras gerações de direitos, tendo em vista que os anseios sociais são plúrimos. A partir da dignidade da pessoa humana, há quem se refira à 4ª, 5ª Geração e daí por diante.

Os **Direitos de 4ª Geração**, na visão de Paulo Bonavides, seriam aqueles que decorrem da globalização política radicada na teoria dos direitos fundamentais, enfrentando a ideologia neoliberal que, segundo o eminente constitucionalista (2007), encaminha-se para a dissolução do Estado nacional, esmaecendo os laços de soberania e, no mesmo ritmo,

doutrinando uma falsa despolitização da sociedade. São eles o direito à democracia direta, o direito à informação e ao pluralismo. Ressalta Streck (2003, p. 7):

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidade para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como a igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.

Os **Direitos de 5ª Geração** ligam-se aos direitos da humanidade que surgem a partir da evolução tecnológica, do desenvolvimento da cibernética, do mapeamento e da manipulação do genoma humano. Para Bonavides, o direito à paz²³ compõe esta categoria, assumindo o sonho de concretizar a associação entre democracia e a justiça, unindo o Direito à Liberdade. É seu o ensinamento (2009, p. 297):

No mundo globalizado da unipolaridade, das economias desnacionalizadas e das soberanias relativizadas e dos poderes constitucionais desrespeitados, ou ficamos com a força do direito ou com o direito da força. Não há mais alternativa. A primeira nos liberta, a segunda nos escraviza; uma é a liberdade, a outra, o cárcere; aquela é Rui Barbosa em Haia, esta é Bush em Washington e Guantánamo; ali se advogam a Constituição e a soberania, aqui se canonizam a força e o arbítrio, a maldade e a capitulação.

A paz, até então tomada como um conceito metafísico e teórico, assume a natureza jurídica de direito fundamental, constante inclusive do direito positivo-constitucional, conforme previsões principiológicas insculpidas no art. 4º da Magna Carta (defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos e não-intervenção).

Algumas objeções surgem a respeito da Teoria das Gerações dos Direitos Fundamentais.

²³ Segundo Bonavides (2009, p. 284), Karel Vasak insere o direito à paz como espécie dos direitos da fraternidade (3ª Geração) de forma incompleta, não desenvolvendo as razões que lhe conferem a natureza normativa. Segundo o constitucionalista brasileiro, a paz, direito que é reconhecido em doutrina e jurisprudência, prevista em normas de direito internacional como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, é concebida “ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas”.

Certos críticos repudiam a expressão “Gerações”, tendo em vista a conotação de que um grupo de direitos fundamentais estaria substituindo o grupo antecessor. Daí alguns preferirem o termo “Dimensões dos Direitos Fundamentais”, já que o processo histórico-evolutivo dos direitos fundamentais é acumulativo e não de exclusão.

Outro defeito que é apontado na classificação diz respeito ao fato de que ele descreve o surgimento dos direitos como um processo linear. Fabiana Okchstein Kelbert, amparada no pensamento de Gerardo Pisarello, assim se posiciona (2011, p. 21):

Entretanto, não há unanimidade no que tange à evolução geracional dos direitos fundamentais, conforme registra Gerardo Pisarello, para quem “essa representação assenta em pressupostos que tendem a ser restritivos, excludentes e deterministas, e que justificariam, em última análise, uma proteção desvalorizada dos direitos sociais”. Para o referido autor, embora essa representação tenha um caráter pedagógico, o desenvolvimento dos direitos fundamentais não ocorreu de forma linear.

Outra crítica que se faz é de que a teoria faz com que se pretenda classificar os direitos fundamentais de maneira inflexível, inserindo-os hermeticamente numa determinada geração, quando na verdade os direitos fundamentais podem figurar como espécie das mais diversas gerações.

Para finalizar esse tópico, adentra-se nessa última crítica, tomando-a em relação ao multifário direito à saúde, objeto principal dessa dissertação.

O direito à saúde apresenta-se como direito de 1ª Geração, ou seja, direito de defesa, quando resguarda a esfera de autonomia do paciente, impedindo os tratamentos e a aplicação de medicamentos que não receberam o consentimento, salvo risco iminente de vida (art. 46 do Código de Ética Médica).

O paciente, temeroso de que sua saúde já debilitada possa ainda ter o seu estado crítico agravado, pode recusar a submissão a tratamentos e medicamentos em fase experimental, se a garantia de eficiência terapêutica é reduzida.

O artigo 15 do Código Civil preconiza que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. O transplante de órgãos só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento (Lei no. 9434/97, art. 10, *caput*).

Ademais, o direito à saúde está na essência do direito à vida. Não se pode postergar a sua tutela, sob pena de fazer perecer o direito-matriz dos demais.

O direito à saúde apresenta-se como direito de **2ª Geração**, considerando as diversas prestações fáticas concedidas voluntária ou compulsoriamente pelo Poder Público através de órgãos hierarquizados (tratamentos e medicamentos). O dever de prestar a saúde não se restringe apenas ao Estado, mas vincula também as pessoas, as famílias e a sociedade.

Ao julgar o Recurso Extraordinário no. 271.286/RS, aqui já referido, o eminente Relator Celso de Mello asseverou:

Cumpre 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 a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

O direito à saúde apresenta-se também como direito de **3ª Geração**, diante da sua relação com o desenvolvimento da ciência e o sentimento de solidariedade social.

No julgamento da ADI 3510/DF, em que se apreciaram dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), o Ministro Carlos Britto deixou sedimentado:

LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. **Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com**

células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). (grifou-se)

O direito à saúde ainda se enquadra nessa **3ª Geração**, tendo em vista a sua relação com o meio-ambiente. Normatiza o art. 225 da Constituição Federal:

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (grifou-se)

Em diversos dispositivos da Lei nº 8.080/90, observa-se a preocupação com a higidez do meio ambiente como forma de proporcionar um contexto espacial que propicie condições de saúde para a vida dos indivíduos. Cita-se, por todos, o art. 3º da Lei do SUS:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

O direito à saúde também se enquadra entre aqueles classificados como de **4ª Geração**, visto que todo paciente tem o direito de ser informado do tratamento que os profissionais médicos pretendem ministrar.

O viés informativo e a democratização de acesso aos serviços de saúde vêm dispostos na legislação infraconstitucional, conforme exemplificam os seguintes dispositivos da Lei nº 8.080/90:

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

(...);

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

(...);

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e sua utilização pelo usuário;

Como direito de **5ª Geração**, observa-se a preocupação do direito à saúde com o desenvolvimento tecnológico na seara da manipulação e da identidade genética, aqui entrando em cena toda uma discussão do ponto de vista ético. Enfatiza Lôbo (2004, p. 527):

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parente biológicos próximos para a prevenção da própria vida.

O exemplo do direito à saúde, portanto, serve para mostrar que os direitos fundamentais, tendo em vista a característica da indivisibilidade, terminam por se interpenetrar nas diversas gerações de direitos classificadas pela Doutrina.

1.1.2 Eficácia Imediata dos Direitos Sociais. A saúde como direito prestacional social

Tema que se revela de extrema importância, quando vai se tratar do controle judicial de políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais sociais, diz respeito à eficácia imediata dos direitos fundamentais.

O ponto de partida, obviamente, não pode deixar de ser a Carta Magna que, no seu art. 5º, § 1º, estabelece que as “normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata”.

No tocante aos direitos de defesa, inseridos no que se convencionou chamar doutrinariamente de Direitos de 1ª Geração (Direitos Individuais e Políticos), a discussão quanto à sua eficácia direta não apresenta maior complexidade. E essa forma de pensar decorre, segundo Barroso (2002), de duas razões, sendo uma delas de caráter ideológico e a outra em razão do conteúdo do próprio direito de abstenção.

O aspecto político-ideológico que facilita a concretização dos Direitos de 1ª Geração deriva do fato de que eles representam os ideais liberais da burguesia, que fez prevalecer os seus interesses conquistados nas revoluções contrárias aos regimes absolutistas, que até então possuíam poderes incontrastáveis. A ideia, portanto, de se respeitar a esfera de liberdade do cidadão parte da classe que exerce domínio tanto na Economia, quanto no ambiente político reivindicador de liberdades.

No tocante ao aspecto do conteúdo, basta o Estado permanecer inerte que já estará se abstendo e respeitando a esfera juridicamente protegida do indivíduo²⁴.

Já em relação à eficácia de direitos sociais, a reflexão leva a maiores aprofundamentos, diante das objeções que são apresentadas quanto à sua aplicação imediata. Parte da doutrina considera que, como os direitos sociais vêm previstos em normas programáticas, elas, no máximo, preveem tarefas sociais e um programa de metas a serem alcançadas pelo Poder Público. Afirma Flávia Piovesan (1992, p. 82/83):

Como se sabe, as normas constitucionais programáticas são normas que veiculam programas constitucionais de atuação dos poderes públicos, programas a serem desenvolvidos mediante providências integrativas da vontade do constituinte, visando a consecução dos fins sociais do Estado.

Observe-se, então, o disposto no art. 196 da Constituição Federal:

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.

Para esta corrente, a norma inferida do art. 196 da Constituição Federal é de natureza programática (eficácia limitada). Sua eficácia impõe ao Poder Público que crie as políticas sociais e econômicas que tornem a saúde um direito de todos. Uma eventual

²⁴ É de bom alvitre fazer o seguinte registro: essa divisão entre direitos de defesa e direitos prestacionais não é estanque como a classificação proposta parece fazer ver, haja vista os deveres de proteção e de promoção correspondentes ao direito fundamental, já mencionados. Muitas liberdades negativas, protegendo a esfera de autonomia do indivíduo em face da atuação indevida do Estado, necessitam de uma intervenção positiva do legislador para serem concretizadas no plano fático. Fala-se do que a Doutrina denomina de Direitos Fundamentais enquanto normas de proteção de Institutos Jurídicos, a exemplo da propriedade (CF, art. 5º, caput e XXII e XXIII), da herança (CF, art. 5º, XXX), da proteção judiciária (CF, art. 5º, XXXV), do Tribunal do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII) etc. Assim, não basta o Estado se abster para o direito de propriedade ser respeitado, mas tem ainda que criar todo um aparato de segurança pública para tutelá-la de intervenções indevidas (prestações fáticas). O direito de herança é protegido pela não intervenção do Estado, mas necessita que sejam criadas normas que especifiquem e tutelem o direito dos sucessores (prestações jurídicas).

pretensão mais concreta, como um tratamento especializado ou um medicamento, não poderia ser exigida a partir deste preceito constitucional programático, haja vista a sua carência de eficácia imediata.

Como informa Ingo Sarlet (2006), o entendimento do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho é nesse sentido. Segundo ele, preceitos jurídico-constitucionais, que não receberam densidade normativa suficiente, exigem a atuação do legislador infraconstitucional a fim de conferir-lhes contornos precisos. Somente assim a norma alcança eficácia social, possibilitando, por conseguinte, que as pretensões apresentadas em Juízo sejam deferidas.

Ainda no pensamento do referido professor, não se pode ir contra a natureza das coisas. Sua conclusão é no sentido de considerar supérflua a disposição contida no art. 5º. § 1º, da Constituição Federal, chegando a sustentar que não será o referido dispositivo que fará auto-aplicável o que não pode ser auto-aplicável.

Pinto Ferreira (1995, p. 17), ao tratar da programaticidade das normas atinentes à saúde, comentou:

A saúde é direito de todos e um dever do Estado (art. 196). Tal direito à saúde na realidade é bastante inócuo, pois não cabe a determinada pessoa uma ação para exigir do Estado o cumprimento de tal direito.

Apesar de o CC estabelecer em seu art. 75 que “a todo direito corresponde uma ação que o assegura”, não há nenhuma ação conferida à pessoa para tornar completo o direito à saúde. Um direito sem ação a assegurá-lo nada é; também uma ação sem direito que a fundamenta não é nada.

Assim sendo, o direito à saúde é uma mera ilusão constitucional caso não seja estatuído como um direito público subjetivo acionável contra o Estado ou o Poder Público. Mesmo assim só terá possibilidade prática de realização se houver uma infra-estrutura econômica e material que permita a construção de hospitais, fabricação de medicamentos, a elevação de número de médicos e a sua eficiência no combate à doença.

Assim, por não dispensar a atuação do legislador para fins de efetividade, o direito à saúde, previsto na Constituição Federal através de uma técnica de positivação de formato programático (CF, art. 196), não poderia ser buscado em juízo enquanto ausente uma norma infraconstitucional que conformasse esse “direito de todos”, definindo o seu limite e exatidão. O direito à saúde careceria de eficácia imediata, a despeito da redação disposta no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Essa posição chegou a ser encampada no Superior Tribunal de Justiça, como evidencia o seguinte acórdão proferido no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564/RS, apreciado pela 1ª Turma, publicado no Diário de Justiça de 17 de junho de 2006, p. 21448, sem grifos no original:

(...);
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.
 (grifou-se)
 (...);

Para esta vertente, que também não desconsidera que todas as normas constitucionais possuem eficácia, reconhece-se às normas programáticas a potencialidade de produzir os seguintes efeitos: serve de parâmetro interpretativo, de integração e de aplicação de normas jurídicas; determina ao legislador o cumprimento das tarefas constitucionais fixadas, vinculando-o na atividade legislativa; proíbe o retrocesso; e acarreta a revogação ou a inconstitucionalidade de preceitos e atos que lhe sejam contrários, no que se convencionou chamar de eficácia negativa ou revogatória. Nesse último caso, surgiria da norma o direito subjetivo de afastar da esfera jurídica do indivíduo os atos que viessem a contrariar os objetivos traçados pelo comando jurídico.

A defesa desta corrente termina dando ensejo à possibilidade de o Legislador e Administrador, por falta de regulamentação, esvaziarem a realização dos direitos sociais previstos nas normas programáticas, o que seria logicamente incoerente, já que as normas concedem direitos (como conceder algo que não tem aplicação?). Vale aqui o registro de Bobbio (2004, p. 72):

O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece,

certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas de pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem, ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gêneros de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de “direito”?

No outro extremo desta discussão, há a corrente no sentido de que o art. 5º. § 1º, da Constituição Federal possui o condão de atribuir efeitos imediatos a todos os direitos fundamentais, incluindo, assim, os sociais. O direito subjetivo advém da norma constitucional e independe de intervenção do legislador infraconstitucional.

Ao defender a efetividade material dos preceitos constitucionais e a força normativa da Constituição, esta vertente destaca o potencial surgimento direto de pretensões jurídicas de concretização dos direitos epigrafados nas normas, ou seja, o direito subjetivo fundamental à efetividade da Constituição, o que termina por reverenciar a justiciabilidade dos direitos sociais e o ativismo judicial.

Assim, na hipótese de os Poderes Políticos por excelência (Legislativo e Executivo) não propiciarem os meios jurídicos e fáticos para a concretização das prestações sociais, a exemplo do direito à saúde assegurado a todos, o Poder Judiciário, guardião dos direitos fundamentais, está autorizado a adotar as providências necessárias que visam atribuir plena eficácia a esses direitos fundamentais. A lição de Eros Roberto Grau vem assim externada (1991, p. 292):

O Poder Judiciário é o aplicador último do Direito. Isso significa que, se a Administração Pública ou um particular – ou mesmo o Legislativo – de quem se reclama a correta aplicação do Direito, nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo.

Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação cumpre ao judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.

O Poder Judiciário, então, estará de uma banda, vinculado pelo dever de conferir efetividade imediata ao preceito. De outra, estará autorizado a inovar o ordenamento jurídico suprindo, em cada decisão que tomar,

eventuais lacunas que, não estivesse o preceito dotado de aplicabilidade imediata, atuariam como obstáculo a sua exequibilidade.

Assumindo uma posição intermediária nessa discussão, Ingo Wolfgang Sarlet encampa a posição de que o art. 5º. § 1º, da Constituição Federal é um dispositivo que contém, essencialmente, um mandado de otimização, isto é, a norma que dele se infere tem como destinatário os órgãos estatais, determinando que os direitos fundamentais devem ter a maior eficácia possível. A aplicabilidade dos direitos sociais, assim, se daria como os princípios (normas com comando *prima facie*), cuja concretização dependerá do direito fundamental enfocado e das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

O art. 5º. § 1º, da Constituição Federal, no seu entender, determina que os direitos fundamentais devem ter incidência no grau máximo possível, não valendo a lógica do tudo ou nada. Na hipótese de, no caso concreto, não ser possível atribuir eficácia máxima ao direito fundamental, faz-se necessária uma justificativa fundamentada, em conformidade com as especificidades do caso *sub examine*. Eis o seu entendimento (SARLET, 2006, p. 284):

Poderá afirmar-se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha.

Este trabalho se filia ao pensamento Ingo Sarlet. O art. 5º, § 1º, da Constituição Federal traz uma presunção de eficácia imediata e direta das normas que preveem os direitos fundamentais, reforçando-as em relação aos demais preceitos constitucionais (as quais sempre possuirão um mínimo de eficácia).

No tocante aos direitos prestacionais, os Poderes Públicos devem concretizá-los em seu grau máximo, observando, por óbvio, as condições materiais (recurso financeiros por exemplo) e jurídicas (competência e poder de disposição).

Mas já que os Poderes Públicos, no que se refere à concretização máxima dos direitos fundamentais, devem levar em conta cada direito em espécie, cabendo-lhes ainda ponderar a forma de sua positivação, o seu objeto e a sua função, registra-se aqui a posição deste estudo no sentido de que as prestações de saúde terapêutica – objeto desta dissertação –, quando se apresentarem como necessárias para resguardar a vida daquele que se encontra

acometido de enfermidade com risco de morte (função), são inferidas diretamente da expressão “direito de todos” prevista no art. 196 da Constituição Federal (forma de positivação), e apresentam-se como objeto de um direito social que se coloca em patamar de vinculação acima dos demais, já que, sem vida, não cabe mais se falar em outros direitos do cidadão.

Assume-se a posição de que o direito à saúde, quando se revelar imprescindível para o não perecimento do indivíduo num dado caso, demanda uma efetivação diferenciada, podendo ser extraído da Constituição Federal diretamente, o que torna desprocedente a *interpositio legislatoris*.

A importância do direito à saúde terapêutica nesses casos, vinculada ao direito à vida, sobressai da sua natureza indisponível (infungível), cabendo ao Poder Judiciário, na hipótese de omissão dos demais Poderes Públicos, conferir-lhe efetividade plena, impondo, nas demandas deflagradas, a concessão da prestação material específica ou a assunção de despesas pelo Poder Público para efetivá-la.

Se as normas de direito fundamental assumem uma presunção de eficácia e aplicabilidade superior à das demais normas constitucionais (decorrência do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal), defende-se aqui que a efetividade do direito à saúde, quando voltado para salvar a vida do cidadão, apresenta um grau de eficácia ainda maior que os demais direitos fundamentais.

Vale aqui o registro de que, no tocante ao direito à saúde, também Ingo Wolfgang Sarlet possui o raciocínio que propugna uma maior tutela, asseverando (2006, p. 343):

O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.

Ressalte-se que este entendimento quanto às normas programáticas vem sendo sufragado pela Suprema Corte, a exemplo do paradigmático julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286 AgR/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Melo, apreciado em 12 de setembro de 2000, com decisão publicada no Diário de Justiça de 24 de novembro de 2011,

pág. 101. Eis o trecho que possui pertinência com a análise ora apreciada, e que se refere ao direito à saúde terapêutica, objeto dessa dissertação:

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 consequência 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.

(...);

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 inconsequente, 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.

1.2 Dimensão Objetiva do direito fundamental à Saúde

Os direitos fundamentais não têm seu papel restrito apenas sob a perspectiva subjetiva (direitos subjetivos), a gerar posições jurídicas individuais exigíveis com vistas à garantia da dignidade humana. Também há de ser feita a sua análise pela dimensão objetiva da qual, nas palavras de Perez Luño (2005, p. 20/21), sobressai o seguinte sentido:

En su significación axiológica objetiva los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático de la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su

deber de obediencia al Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista”.

A partir do reconhecimento de que os direitos fundamentais compõem um sistema de valores, o qual figura em diplomas político-jurídicos detentores de força normativa e supremacia sobre os demais atos estatais (fundamento de validade, inclusive), verifica-se que eles servem de paradigma norteador da interpretação das normas constitucionais, influenciando, ainda, as decisões adotadas pelos agentes públicos no caso concreto (o que em Doutrina se chama de “eficácia dirigente”). Como correlatos, fala-se, assim, em deveres fundamentais:

A concepção dos deveres fundamentais é geralmente apresentada em conexão com a dimensão objectiva dos Direitos fundamentais, por se entender estarem em causa em ambos os casos a moderação, a correcção ou a superação das teses emancipatórias do liberalismo individualista, quer para defesa da democracia, promovendo a participação activa dos cidadãos na vida pública, quer a favor de um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais. A concepção dos Direitos fundamentais como poderes individuais contra o Estado não seria, de facto, suficiente nem adequada para exprimir juridicamente as relações entre os cidadãos e os poderes públicos: àqueles não caberiam apenas Direitos nem a estes meros deveres (ANDRADE, 2001, p. 155).

Nesta fase neoconstitucionalista, na qual o Direito se entrelaça com outras ciências como a filosofia política, a ética, entre outras, os princípios e os direitos fundamentais funcionam como um padrão axiológico que direciona a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais.

É esta “filtragem constitucional” a principal contribuição da Constitucionalização do Direito. Essa irradiação dos direitos fundamentais sobre os demais ramos do sistema jurídico, fixando o sentido da norma e construindo soluções concretas a partir da força normativa dos valores e princípios sedimentados na Carta Magna, teve início, segundo a Doutrina, no Direito Alemão.

Sua influência culmina por atingir o desempenho das atribuições de cada Poder do Estado, servindo-lhes de diretriz, como adverte Barroso (2009, p. 77/78):

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de

direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema.

Além de servir de instrumento para o exercício da função hermenêutica, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais guinda-os à categoria de paradigmas constitucionais, servindo de anteparo para o exercício do controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos.

Para evidenciar a influência do direito fundamental à saúde no sistema jurídico, convém trazer à tona o precedente relativo ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28.487/DF, julgado pelo 1ª Turma e relatado pelo Ministro Dias Toffoli.

No caso citado, algumas distribuidoras de medicamentos discutiam os termos da Resolução nº 04/2006 da Câmara de Regulamentação do Mercado de Medicamentos – CMED, que criou o chamado “Coeficiente de Adequação de Preço”, alegando violação ao princípio da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade e de princípios de ordem econômica (livre-iniciativa e ingerência indevida do Estado na Ordem Econômica).

Superando todos esses argumentos, a Suprema Corte entendeu que o “Coeficiente de Adequação de Preço” era medida que encontrava amparo constitucional e legal, assumindo a função econômica de conter o lucro exacerbado, fixando preços máximos de venda, de modo a não prejudicar o acesso da população ao mercado de medicamentos.

Um dos fundamentos utilizados, que demonstra a dimensão objetiva do direito fundamental à saúde, influenciando ramos como o Direito Administrativo e Econômico, foi assim exposto:

A Constituição Federal de 1988 agrega preocupação social aos princípios gerais da atividade econômica, **resultando em legítima atuação do Estado na promoção do acesso universal e igualitário à saúde, direito social garantido pelo art. 196 da Constituição Federal**, cuja responsabilidade é partilhada pelo Estado e por toda a sociedade. (grifou-se)

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais embasa a interpretação de normas infraconstitucionais conforme a Constituição, mantendo-se a norma polissêmica impugnada –

que se presume constitucional – mas afastando as interpretações consideradas desapartadas da ordem constitucional.

Tornando ao âmbito do Direito à Saúde, evidencia-se que o Supremo Tribunal Federal já se amparou em sua dimensão objetiva para interpretar os dispositivos do Código Penal atinentes ao aborto, adequando-os aos valores constitucionais quando diante de fetos anencéfalos (Arguição de Descumprimento de Direitos Fundamentais nº 54/DF, relatada pelo Min. Marco Aurélio).

Ainda dentro dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se caracterizam como escala de valores que se irradia sobre os vínculos jurídicos, é preciso discorrer acerca da sua eficácia horizontal, isto é a incidência que ocorre sobre relações privadas.

Os direitos fundamentais, historicamente, foram desenvolvidos para proteger a esfera de autonomia dos particulares. De um lado estava o cidadão, titular de uma diversidade de direitos, protegendo-se de eventuais intervenções indevidas por parte de autoridades públicas.

Lembrem-se dos direitos de 1ª Geração, - aqui se trata de mero exemplo, pois os direitos das demais dimensões, a seu modo, protegem o indivíduo – a conferirem proteção da esfera de liberdade individual, como a liberdade de locomoção, de expressão etc.

Entretanto, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é de acolhimento pacífico. Existem três correntes doutrinárias que variam quanto a aceitação desta específica eficácia envolvendo as relações privadas.

A primeira delas apregoa a **ineficácia** dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, reconhecendo-lhes apenas a função clássica de proteção do indivíduo frente ao Poder Estatal.

Essa vertente tem encontrado espaço no Direito norte-americano, sendo conhecida como a doutrina da *state action*. Informa Marcelo Novelino (2009, p. 366):

No direito norte-americano o entendimento doutrinário e jurisprudencial amplamente adotado é de que, com exceção da 13ª Emenda (proibição da escravidão), os direitos fundamentais impõem limitações apenas aos poderes públicos, não vinculando a conduta dos particulares. O principal argumento teórico utilizado está assentado na literalidade do texto constitucional que na maioria das cláusulas consagradoras de direitos fundamentais faz referência apenas aos poderes públicos.

Para contornar esta ineficácia, enfatiza Virgílio Afonso da Silva (2011) que a jurisprudência americana, em apreciações casuísticas, tem se utilizado do artifício de equiparar certos atos particulares a atos estatais, permitindo a incidência dos direitos fundamentais na espécie. Logo a inaplicabilidade é apenas aparente, ainda que ocorra de forma assistemática²⁵.

A segunda corrente prega a **eficácia indireta** ou **mediata** dos direitos fundamentais sobre as relações privadas. Esse pensamento encontra acolhimento no Direito alemão. Para não suprimir a autonomia da vontade, os direitos fundamentais só possuem aplicação via legislação infraconstitucional ou interpretação e aplicação no caso concreto pelo Poder Judiciário. Destaca Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 467):

Partindo deste argumento comum, a teoria da eficácia mediata chega a conclusão diversa. Afirma que a dimensão objetiva e valorativa dos direitos não acarreta sua incidência direta nas relações privadas, mas apenas implica a necessidade de que sejam levados em conta pelo Estado na criação legislativa ou na interpretação do direito privado. Há sempre necessidade de que um órgão estatal – este sim, destinatário direto das normas que reconhecem os direitos – atue como mediador da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Vale ressaltar que a eficácia indireta ou mediata foi a tese inaugural de aceitação da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Isso ocorreu em 1958, quando o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu o conhecido caso Lüth²⁶.

Por último há a vertente da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

²⁵ Leciona Bernardo Gonçalves Fernandes (2012, p. 351/352): “Todavia, a partir da década de 40, a Suprema Corte começa a temperar (relativizar) a tese da inaplicabilidade dos direitos fundamentais em relações privadas. Ao adotar a *public function theory*, afirma a aplicabilidade dos mesmos quando o particular exercer atividades de natureza tipicamente estatal (atos equiparados). Ainda que pese tal teoria, a Suprema Corte entende que o Estado não está autorizado a por meio de sua legislação estimular – seja de modo direto, seja de modo indireto – o desrespeito dos direitos fundamentais.

²⁶ Narra o caso Bernardo Gonçalves Fernandes (2012, p. 349): “Em 1950 *Erich Lüth*, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, em um discurso feito perante produtores e distribuidores da indústria cinematográfica, defendeu que fosse realizado um boicote ao filme *Unsterbliche Gelibte* (Amante Imortal), dirigido por *Veit Harlam*, em virtude do cineasta ter elaborado filmes de conotação antisemita na época nazista de Hitler. A produtora do filme de *Harlam* recorreu ao Tribunal de Hamburgo com o objetivo de que fosse determinado a *Lüth* que cessasse a conchamação ao boicote, com fundamento no art. 826 do Código Civil (quem, de modo contrário aos bons costumes, cause danos dolosamente a outro, está obrigado a reparar o dano). A demanda foi acolhida pelo Tribunal. Ocorreu em virtude de tal decisão recurso por parte de *Lüth* perante a Corte Constitucional, que por sua vez reformou a sentença entendendo ter havido violação ao direito fundamental de *Lüth* à liberdade de expressão”.

No direito europeu, o surgimento desse pensamento se dá através da pena de *Hans Carl Nipperdey*, juiz do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Em citação extraída da obra do espanhol Alexei Julio Estrada, referenciada por Jane Reis Gonçalves Ferreira (2006, p. 466), encontra-se a seguinte conclusão do magistrado alemão:

Em todo caso, uma Constituição há de ser o reflexo da ordem estatal no momento de sua promulgação, por ele não se de contemplar, na hora de interpretá-la, as tendências espirituais determinantes e as circunstâncias dadas neste momento. Ao ver o alcance dos direitos fundamentais, como no século passado, em sua exclusiva destinação dada pelo Estado, assinala-se que a proteção do indivíduo ante invasões arbitrárias do Estado era então o propósito principal ao incorporar direitos fundamentais no texto constitucional. Frente a ele, devia aparecer como secundária a proteção jurídico-constitucional de direitos fundamentais ante os poderes sociais e terceiros em geral, e sua necessidade seguramente ainda não se reconhecia claramente.

(...);

A ordem jurídica forma uma unidade. E todo direito só disciplina com base e no marco da Constituição ... Para que os direitos fundamentais, como normas objetivas, possam reger o direito privado, não requer-se nenhum meio, nenhum ponto de infiltração, como pretendem ser as cláusulas gerais. Bem ao contrário, o efeito jurídico é uno, direto e normativo, que modifica ou regenera as normas jurídico-privadas existentes, sejam direito imperativo ou dispositivo, cláusulas gerais ou normas jurídicas determinadas; trata-se de proibições, mandatos, direitos subjetivos, direitos de proteção ou causas de justificação.

No Brasil, a tese que vem sendo acolhida nos precedentes do Supremo Tribunal Federal é a que prega a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. E a razão parece bem sintetizada por Daniel Sarmiento (2006, p. 329):

Um dos parâmetros importantes nesta questão liga-se ao grau de desigualdade fática entre as partes da relação jurídica. A assimetria de poder numa determinada relação tende a comprometer o exercício da autonomia privada da parte mais fraca, expondo a um risco maior seus direitos fundamentais. Por isso, quanto mais a relação for assimétrica, maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Sem embargo, mesmo nas relações tendencialmente iguais, os direitos fundamentais incidem, para impor um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana, que é irrenunciável.

Nestas ponderações, outro fator relevante é a natureza da questão sobre a qual gravita a controvérsia. Nas questões ligadas às opções existenciais da pessoa, a proteção à autonomia privada é maior. Já nos casos em que a autonomia do sujeito de direito liga-se a alguma decisão de cunho puramente econômico ou patrimonial, tenderá a ser mais intensa a tutela do direito fundamental contraposto. Nestas relações patrimoniais, por sua vez, a proteção da autonomia privada será maior, quando estiverem em jogo bens

considerados supérfluos para a vida humana, e menor quando o caso envolver bens essenciais para a dignidade humana.

É de bom alvitre destacar que, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não está restrita aos direitos individuais.

Também os direitos fundamentais sociais – e aqui em especial o direito à saúde, objeto central desta dissertação – interferem nas relações jurídicas envolvendo particulares, evitando que um dos lados abuse de um direito ou prerrogativa.

A propósito do tema, decidiu a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 768118/SC, relatado pelo então Min. Luiz Fux, em 11 de março de 2008, sem grifos no original:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. COOPERATIVA DE MÉDICOS. PACTO COOPERATIVO. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. FIDELIDADE DO MÉDICO À COOPERATIVA DO PLANO DE SAÚDE.

1. Os contratos de exclusividade das cooperativas médicas não se coadunam com os princípios tutelados pelo atual ordenamento jurídico, notadamente à liberdade de contratação, da livre iniciativa e da livre concorrência.

2. As relações entre a Cooperativa e os médicos cooperados devem obedecer a cláusula final inserta no art. 18, III, da Lei n. 9.656/98, estando as disposições internas daquele ente em desarmonia com a legislação de regência.

3. O referido dispositivo enuncia: Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos:

III - A manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional".

4. Deveras, a Constituição Federal, de índole pós-positivista, tem como fundamentos a livre concorrência, a defesa do consumidor, a busca pelo pleno emprego (art. 170, IV, V e VIII da CF), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, incisos III e IV), com vistas na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) e com ratio essendi dos direitos dos trabalhadores a liberdade de associação (art. 8º, da CF). Regras maiores que prevalecem a interdição à exclusividade.

5. Destarte, o direito pleiteado pela recorrente compromete, por via oblíqua, os direitos à saúde (CF, art. 196), na medida em que a exclusividade cerceia o acesso àqueles médicos profissionais vinculados à cooperativa. (grifou-se)

6. Destarte, a tutela dos interesses privados não podem se sobrepor ao interesse público, notadamente quando envolver interesses constitucionais indisponíveis.

7. Recurso especial desprovido.

No Recurso Especial nº 1.053810/SP, relatada pela Min. Nancy Andrighi e julgado pela 3ª Turma (DJe de 15/03/2010), decidiu o Superior Tribunal de Justiça, sem grifos no original:

Com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao **direito integral à cobertura de proteção à saúde** – por meio do acesso ao tratamento médico-hospitalar necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido, o segurado, submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, **procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico.** (grifou-se)

Limitando a autonomia privada e o princípio do *pacta sunt servanda*, para assim homenagear o direito à vida e à saúde, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial nº 183719/SP, relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão, decidiu (DJe 13/10/2008):

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. À FALTA DE PREQUESTIONAMENTO, INVIÁVEL O EXAME DO ALEGADO JULGAMENTO EXTRA PETITA - ART. 460 DO CPC. NECESSIDADE DE OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE DE CLÁUSULA INSERTA EM CONTRATO DE REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS E/OU HOSPITALARES, QUE EXCLUI DA COBERTURA DESPESAS REALIZADAS NO TRATAMENTO DA "DISPLASIA MAMÁRIA" E DOENÇAS "FIBROCÍSTICAS DA MAMA".

1. **As duas Turmas que compõem a Segunda Seção tem traçado orientação no sentido de considerar abusiva cláusulas que limitam os direitos dos consumidores de plano ou seguro-saúde. (Resp n. 434699/RS).**

2. **Tal entendimento cristalizou-se com a edição da Súmula 302/STJ, assim redigida: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.** (grifou-se)

3. A exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado vulnera a finalidade básica do contrato.

4. **A saúde é direito constitucionalmente assegurado, de relevância social e individual.** Recurso conhecido, em parte, e provido. (grifou-se)

A necessidade de se respeitarem as determinações das normas que preveem direitos prestacionais sociais impõe ao Poder Público a adoção de providências no sentido de se criarem órgãos (estrutura orgânica) e procedimentos voltados para garantir as prestações de interesse público, sejam elas fáticas ou jurídicas.

É o que a doutrina chama, neste viés objetivo dos direitos fundamentais, de direito à Organização e ao Procedimento. Gilmar Ferreira Mendes os destaca (2012, p. 474/475):

Nos últimos tempos vem a doutrina utilizando-se do conceito de direito à organização e ao procedimento (*Recht auf organization und auf Verfahren*) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização) com de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processual-constitucionais (direito de acesso à Justiça, direito de proteção judiciária, direito de defesa).

Mas se a saúde, enquanto direito fundamental vinculado à vida, apresenta-se juridicamente exigível tanto em face do Poder Público, como em face de terceiros, sendo inafastável a sua proteção judicial em caso de uma tutela insuficiente ou inexistente (CF, art. 5º, inciso XXXV), isto ocorre não só como decorrência da força jurígena dos dispositivos que especificamente a preveem – tanto na sua dimensão objetiva quanto na dimensão subjetiva –, mas também em razão da cláusula constitucional que prevê a dignidade da pessoa humana como centro do Estado Democrático de Direito. É o que será enfrentado no próximo capítulo.

CAPÍTULO II – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

2.1 Considerações Iniciais

A proposta do presente capítulo tem como meta desenvolver como o princípio da dignidade da pessoa humana confere supedâneo às pretensões voltadas para a concretização do direito à saúde. Para tanto, discorrer-se-á, de início, sobre os princípios jurídicos e seu papel no ordenamento jurídico.

Numa perspectiva filológica, princípio tem o significado que se relaciona com o início, a origem de algo. Quando se fala em princípio jurídico, nesta fase do constitucionalismo hodierno, sobreleva-se o seu caráter deontológico, cujo conceito fundamental é o do dever ser.

A Constituição Federal, após expressar em seu preâmbulo o compromisso de assegurar, entre outros valores, os direitos sociais, individuais e o bem-estar daqueles que estão submetidos à sua soberania, inaugura as suas disposições normativas apresentando os alicerces da República Federativa do Brasil.

Os Princípios Fundamentais constantes do Título I da Magna Carta dizem para que veio o brasileiro Estado Democrático de Direito, inaugurado após o ocaso de um regime de exceção, cuja marca indelével foi a de restringir direitos básicos dos cidadãos, tudo em prol da manutenção de um *status quo* político favorável a uma minoria eventualmente no Poder.

No título inaugural está consignado que o País deve garantir, entre outras diretrizes e metas, a promoção do bem de todos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução de desigualdades sociais (CF, art. 3º). E mais: essas tarefas serão realizadas tomando como alicerces, entre outros fundamentos, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º).

Num primeiro momento, a cidadania implica na tomada de consciência acerca dos direitos de que se é titular frente aos Poderes Públicos. Daí a necessidade indeclinável de se incrementar a educação da população, disponibilizando-lhes, de forma eficiente e efetiva, o acesso a informações e à instrução.

Num segundo momento, após as pessoas estarem instruídas com os dados e informes necessários para modificação da realidade que as cerca, passa-se à etapa da iniciativa de variadas reivindicações. É o momento, então de “dar vida” às pretensões em busca da concretização de interesses que, no mais das vezes, revelam-se indisponíveis.

A judicialização aqui é um ponto marcante nesse processo, principalmente quando se vislumbra, no Texto Magno, a existência do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV). Surgem diversos comandos jurisdicionais impondo deveres os mais diversos aos administradores públicos, nas mais diversas searas.

Se forem observadas as várias pretensões em curso, perceber-se-á, em verdade, o interesse social em se universalizar a efetividade de direitos relacionados com a saúde, educação, moradia, assistência social, previdência social etc.

Surgem, daí, os chamados pontos de tensão entre operadores do Direito e os formuladores de políticas públicas: muitos são os direitos a serem efetivados; porém limitados são também os recursos e estruturas voltadas para sua implementação.

Uma das saídas para esse conflito encontra-se no princípio da dignidade da pessoa humana, tema objeto desse capítulo. Quando a Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil tem a dignidade da pessoa humana como pilar de sustentação, outra conclusão não há senão reconhecer que o ser humano passa a ser o centro das preocupações estatais, isto é, a razão de ser do Estado.

Assim sendo, toda a estrutura político-administrativa deve ser direcionada no sentido de atender as pretensões básicas dos indivíduos.

Inobstante a natureza retórica da solução proposta (o que conta mesmo, na prática, é o interesse das autoridades em concretizar os textos constitucionais, já que as exigências da cidadania e a limitação dos recursos persistirão independentemente de uma folha de papel mencionar que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado), os problemas conceituais tendem a aumentar, pois a divergência então passa a ser quais prestações materiais compõem o núcleo inerente à dignidade da pessoa humana.

Não há como se refutar a afirmação de que é dever do Estado assegurar o mínimo existencial das pessoas. Porém, é tarefa das mais árduas definir o significado desse mínimo, ou seja, numa visão espacial, quais são os direitos inerentes a esse piso de direitos, sem os quais não se pode afirmar que a pessoa sobrevive com dignidade.

Ana Paula de Barcellos (2011, p. 302), em monografia sobre o tema, apresenta o seu ponto de vista:

Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação básica (assumindo-se a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível do Poder Judiciário.

Já a Prof.^a Dr.^a Jussara Maria Moreno Jacintho (2006, p. 139), invocando razões metodológicas adotadas no desenvolvimento de sua obra jurídica que versou sobre a dignidade da pessoa humana, traz o seguinte elenco de direitos componentes do mínimo existencial: “Os direitos à liberdade de crença, à alimentação, à moradia, à educação e à saúde como integrantes do núcleo essencial do direito à Dignidade da Pessoa”.

Para dificultar ainda mais a tarefa de definir o âmbito dessa expressão jurídica polissêmica, o significado do que seja digno ou indigno para o ser humano é volátil, variando de acordo com as ideias políticas, a formação cultural do povo e as percepções ideológicas vigentes²⁷. Destaca Emerson Garcia (2008, p. 132/133):

A indeterminação inerente à noção de dignidade humana resulta, claramente, da necessidade de integração por um juízo de valor, temporal e espacialmente localizado, primordialmente realizado à luz da situação concreta. A exclusão de um raciocínio subsuntivo e a exigência de contínua concretização do padrão normativo, além de permitirem a adequação da norma aos influxos sociais, impedem que à noção de dignidade seja atribuído um conteúdo atemporal e indiferente ao seu espaço de aplicação.

Longe de entrar na polêmica questão, até porque essa não é essa a finalidade do presente estudo, – e aquilo que a seguir será afirmado parece ser algo próximo de um consenso, seja na Doutrina, seja na Jurisprudência – esse estudo assume a posição de que

²⁷ Sarlet assevera (2011, m): “Por outro lado, há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada, pelo menos não exclusivamente, como algo inerente à natureza humana (no sentido de uma qualidade inata pura e simplesmente), isto na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementa e interagem mutuamente, refutando-se a tese de que a dimensão ontológica da dignidade possa ser equiparada a uma dimensão por assim dizer biológica”.

demandas relacionadas com o direito à saúde encontram amparo no âmbito do significado da dignidade da pessoa humana e do seu mínimo existencial.

E assim entende-se porque tais pretensões encontram-se vinculadas ao direito à vida, não comportando apreciações pelo Poder Público que lhes leguem um plano secundário. Não pode o Estado, nas hipóteses em que a vida está em risco, assumir uma postura leniente, resignando-se em acolher a sempre invocada e nunca superável limitação de recursos e de estrutura.

Caracterizando-se a necessidade de um dado tratamento médico ou de ser ministrado um específico medicamento, o Poder Público deverá concedê-lo, cabendo, na hipótese, a manipulação criativa e legal dos recursos orçamentários e estruturais em prol da efetividade do direito fundamental, que no caso corre risco de perecimento.

Assim não agindo, vale aqui ser dito, apesar de ser uma afirmativa forte, estar-se-á, em pleno Séc. XXI, retomando práticas de um tempo histórico longínquo e obscuro, quando os detentores do Poder possuíam poder despótico, chegando até mesmo a ter a decisão sobre a vida e morte dos seus governados.

Aliás, a questão restou recentemente enfrentada no STJ, como se pode evidenciar através do Recurso Especial nº 1335622/DF, julgado pela 3ª Turma em 18 de dezembro de 2012, no qual figurou como relator o Min. Ricardo Vilas Bôas Cueva, restando assim consignado:

A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e somente estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.

2.2 Princípios Jurídicos e as funções desempenhadas no Ordenamento Jurídico

Nos dias de hoje, na era do pós-positivismo, os princípios passaram ao patamar de normas jurídicas. Mas a simplicidade e a remansosa aceitação da afirmação que acabou de ser

feita não permite olvidar que nem sempre foi assim. A concepção acerca dos princípios passou por diversas fases, tendo eles assumido variadas funções.

A doutrina de Paulo Bonavides (2007), entre outros méritos, traça o que se pode chamar de um caminho epistemológico em que se deu a evolução dos princípios na Ciência do Direito. O trajeto se inicia com o pensamento jusnaturalista, quando então os princípios eram considerados, haja vista seu grau de abstração e seu caráter metafísico, destituídos de normatividade²⁸.

O jusnaturalismo é a vertente de pensamento que defende a existência de um Direito Natural. O Direito posto pelo Estado teria uma razão embasadora, qual seja a consciência valorativa do certo e do errado, do justo e do injusto.

Saindo dessa fase, faz-se uma parada no Positivismo Jurídico. No Séc. XX, ganha força o culto à Lei e aos Códigos, que eram colocados num patamar superior às Constituições. O Direito centra-se nas disposições normativas postas pelo Estado, isto é, no Direito Positivo.

Segundo a Escola da Exegese, o papel do aplicador das leis resume-se a uma operação subsuntiva e silogística. A noção que se tinha do Ordenamento Jurídico era de completude, isto é, haveria uma previsão normativa (premissa maior) para reger todos os fatos e comportamentos consumados (premissa menor).

Nesta fase juspositivista, os princípios assumem a função supletiva, garantindo, portanto, o primado e a inteireza das Codificações. Eles são inferidos e deduzidos não mais de abstrações divinas ou do pensamento humano acerca do justo, mas do próprio ordenamento jurídico.

É nesta fase jusprivatista que se delineia o contexto então vigente para a existência de disposições como a do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que preconiza os princípios gerais de direito, ao lado da analogia e dos costumes, como instrumentos integradores da omissão legal.

Dentro da fase positivista, na qual os preceitos de ordem ética estavam apartados do Direito, os princípios continuavam carecendo de força normativa, assumindo, como já

²⁸ A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça. A fase jusnaturalista dominou a dogmática dos princípios por um longo período até o advento da Escola Histórica do Direito. Cedeu lugar, em seguida, a um positivismo tão forte, tão dominante, tão imperial, que ainda no século XX, os cultores solitários e esparsos da doutrina do Direito Natural nas universidades e no meio forense pareciam se envergonhar do arcaísmo de professarem uma variante da velha metafísica jurídica (BONAVIDES, 2007, p. 259/260).

referido, um papel secundário no cenário jurídico. Tratavam-se de meros instrumentos para colmatar a lei.

Ultrapassado esse período, adentra-se, como já dito no início deste tópico, na era pós-positivista, quando então os princípios passam a concorrer com as regras o *status* de normas jurídicas. É possível considerar que, nesta nova etapa, iniciada a partir de meados do Séc. XX, o Jusnaturalismo e o Positivismo são retrabalhados e cada um termina por legar alguma característica para forjar um novo pensamento constitucional.

É no Pós-Positivismo que sai de cena o culto à Lei e aos Códigos, que deixam o seu lugar até então de proeminência para agora ver recrudescer o primado da Constituição. A nova perspectiva político-jurídica realça o Estado Constitucional de Direito, fruto da união dos valores constitucionais com os ideais democráticos restabelecidos no período pós 2^a. Guerra Mundial.

A Constituição, antes um mero repositório de recomendações e de previsões de ordem política, destituídas de caráter vinculante, passa a ser o centro da Ordem Jurídica, ganhando força normativa²⁹ e servindo de paradigma fundamental para a atuação dos Poderes Políticos.

O Pós-Positivismo representa uma releitura do Positivismo, que era corrente filosófica reinante no Sec. XIX e começo do Sec. XX. Apesar do reconhecido mérito de oferecer segurança jurídica a partir dos preceitos normativos positivados, o Positivismo Jurídico viu perder sua legitimidade após servir de lastro para as atrocidades cometidas pelos Estados totalitários.

No Positivismo ideológico, tudo gira em torno da lei. A lei é tudo, devendo ser cumprida e aplicada independentemente de qualquer juízo de valor por parte do intérprete acerca do seu conteúdo.

O Regime Nazista, por exemplo, cometeu inúmeras atrocidades sempre com amparo na lei vigente no Terceiro Reich. O fundamento de toda legislação era a vontade do

²⁹ Konrad Hesse leciona (1991, p. 24): “A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”.

Führer. Matava-se, torturava-se, judeus vivos eram utilizados como cobaias em experimentos médicos, submetendo-os a tratamento degradante sempre “em nome da lei”³⁰.

Com o intuito de não esquecer os efeitos deletérios deixados por períodos obscuros na história dos Direitos Fundamentais, o surgimento de Diplomas constitucionais na Europa, a Doutrina e Jurisprudência em matéria constitucional³¹, dentro da linha de pensamento pós-positivista, procuraram restabelecer a relação entre o Direito e a Ética, reinserindo nas discussões a necessidade de aproximar o respeito à lei dos conceitos de justiça e legitimidade.

A propósito do tema, vale aqui transcrever as lições do Prof. Luís Roberto Barroso (2009, p. 249/250):

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reintronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento da normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade humana.

O Pós-Positivismo serve de estofó filosófico para um novo fenômeno constitucional (Neoconstitucionalismo), assentado em paradigmas que mesclam elementos difusos do Positivismo e do Jusnaturalismo, cujas características básicas podem ser, em síntese, classificadas segundo critérios formal-metodológico e material (BARCELLOS, 2008).

³⁰. Essa consciência de que os atos de atrocidades eram cometidos em nome da lei vem muito bem exposta por Hannah Arendt, na obra “Eichman em Jerusalém. Um relato sobre a Banalidade do Mal”. Cobrindo o julgamento do General Alemão considerado o mentor da Solução Final do Povo Judeu para importante meio de comunicação, a pensadora consignou (2011, p. 152): Assim sendo, eram muitas as oportunidades de Eichman se sentir como Pôncio Pilatos, e à medida que passavam os meses e os anos, ele perdeu a necessidade de sentir fosse o que fosse. Era assim que as coisas eram, essa era a lei da terra, baseadas nas ordens do Führer; tanto quanto podia ver, seus atos eram os de um cidadão respeitador das leis. Ele cumpria o seu dever, como repetiu insistentemente à polícia e à corte; ele não só obedecia ordens, ele também obedecia à lei.

5. Os principais diplomas e Tribunais Constitucionais são: A Lei Federal de Bonn, aprovada em 1949, e sua aplicação pelo Tribunal Constitucional Federal, criado em 1951; a Constituição Italiana de 1947 e a jurisdição desenvolvida pela Corte Constitucional Italiana a partir de 1956; e a redemocratização de Portugal (1976) e da Espanha (1978).

De acordo com o aspecto formal-metodológico, o neoconstitucionalismo apregoa, em síntese, que a Constituição de um país é dotada de normatividade³², ou seja, os preceitos constitucionais gozam de força vinculante, apresentando-se com os atributos da coercibilidade e imperatividade. Em caso de inobservância, deflagram-se os mecanismos de coação e os regimes de responsabilidade voltados para assegurar a higidez da norma.

Ainda por esse aspecto, deixa-se patente, também, que a Constituição está posicionada em patamar hierárquico superior ao das demais normas encontradas no ordenamento jurídico, característica que traz à tona, em face da pertinência, a noção de paradigma utilizado pela Jurisdição Constitucional no controle de constitucionalidade (Supremacia da Constituição).

Por fim, o critério formal também anuncia que a Constituição goza de uma posição central no ordenamento jurídico, tornando matérias de natureza infraconstitucional como parte de seu conteúdo e irradiando os seus efeitos na interpretação e aplicação dessas mesmas normas (Constitucionalização do Direito).

Sob o ponto de vista material, o constitucionalismo contemporâneo reconhece nas Constituições um espaço onde são previstas decisões valorativas e opções políticas gerais e específicas, destacando-se, ainda, os conflitos de opções jurídicas e filosóficas no sistema constitucional. Discorre a eminente Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 23):

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social.

A análise exemplificativa do texto da Carta Magna de 1988 facilita a compreensão. As decisões valorativas referem-se diretamente aos Princípios Constitucionais e

³². Cabe aqui fazer referência ao artigo escrito pelo Prof. Inocêncio Mártires Coelho (2011) que, ao discorrer sobre o estudo desenvolvido por Konrad Hesse na obra “A Força Normativa da Constituição”, ressalta, como condição de eficácia normativa da Constituição, o intento de se querer realizar a “Vontade da Constituição”, que se concretiza a partir da atuação dos órgãos aplicadores do seu conteúdo e das relações travadas entre particulares, pondo em prática o seus ditames de modo a expandir a força normalizadora que atua sobre a sociedade, conformando-a segundo os seus preceitos.

aos Direitos Fundamentais, cuja hierarquização abstrata não é possível, dada a característica da fundamentalidade.

No tocante às opções gerais, conforme destaca Ana Paula de Barcellos (2008), elas podem ser observadas em normas que preveem objetivos genéricos do tipo construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional *etc*, enquanto que as opções políticas específicas vêm concretizadas em dispositivos dotados de maior densidade normativa (direitos relativos à saúde, educação, segurança pública *etc*).

Em relação aos conflitos de natureza jurídica encontrados nas Constituições, o tema traz para discussão os diversos choques de bens jurídicos tutelados nas normas constitucionais, servindo aqui de exemplo as colisões envolvendo a liberdade de informação e a vida privada, a livre iniciativa *versus* proteção do meio ambiente e do consumidor *etc*.

Em tais casos, materializados em pretensões corriqueiramente apresentadas nos mais diversos tribunais, a solução ou pressupõe a invocação de princípios normativos que, decotando reciprocamente os âmbitos de cada bem jurídico em jogo, permite uma harmonização que faz sobrelevar a unidade da Constituição; ou faz prevalecer um destes bens jurídicos em disputa, como forma de assegurar a preponderância da vontade constitucional.

Já no tocante aos conflitos de ordem filosófica que gravitam em torno das Constituições contemporâneas, o Neoconstitucionalismo apresenta correntes que podem ser reunidas em duas vertentes: os Substancialistas e os Procedimentalistas.

Para os adeptos da corrente substancialista, as Constituições trazem para a realidade sócio-política opções valorativas essenciais que deverão ser observadas, fruto do consenso obtido no exercício do poder constituinte originário. Já para os partidários da vertente procedimentalista, o entendimento sedimentado é o de que o papel da Constituição, no cenário político de um país, é o de assegurar as condições necessárias para o adequado funcionamento do sistema democrático³³.

³³. Conforme lições extraídas de Gustavo Binbenbajm (2008), as ideologias desenvolvidas pelos procedimentalistas e substancialistas acerca do papel da Constituição refletiram-se na concepção da Jurisdição Constitucional. Para os adeptos do modelo procedimental, os julgamentos não devem interferir com apreciações substantivas, pois as escolhas valorativas devem ser feitas por representantes eleitos. O papel da Jurisdição Constitucional é fiscalizar a lisura na observância das regras no processo democrático de deliberação. Para os seguidores da corrente substancialista, o *judicial review* pode afastar um diploma normativo que não seja compatível com os compromissos de ordem material consagrados na Constituição, representados por direitos vinculados a cláusulas gerais abertas e princípios constitucionais.

De acordo com a corrente pós-positivista, os princípios passam a dispor de força normativa, sendo sua observância tão obrigatória quanto as regras jurídicas³⁴. Aqui vale citar as palavras de Norberto Bobbio (1999, p. 158/159):

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não são normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas?

Asseverando o caráter normativo dos princípios, é pertinente mencionar a lição que Robert Alexy (2008, p. 87) lega:

Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.

Tal força normativa também é superior, já que estão inseridos num texto normativo que se apresenta dotado de força jurídica e posicionado no ápice do ordenamento jurídico.

Como Corolário dessa constatação, os princípios constitucionais figuram como parâmetro no Controle de Constitucionalidade de atos normativos, conforme pacífico entendimento do Supremo Tribunal Federal.

³⁴. Mais uma vez vale aqui transcrever o substancial posicionamento de Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 26): “A norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participem”.

A Doutrina atribui, portanto, aos princípios a denominada **eficácia negativa**, que proporciona o controle e a eliminação de atos normativos ou regulamentares que com eles colidam. Os acórdãos a seguir transcritos são evidências exemplificativas:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. **Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos.** 5. Ação julgada procedente. (grifou-se)
(ADI 855/PR, Pleno, Rel. Min. Otávio Gallotti, julgado em 06/03/2008).

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. ACÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA.

I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal;

II - (...);

III - (...);

IV - (...);

V - **Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.** (grifou-se)

VI - (...);

VIII – (...)

IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

(ADI 3.112, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 02/05/2007).

Entretanto, além da eficácia normativa, que produz pronunciamentos deônticos e geradores de direitos, os princípios albergam outras finalidades no ordenamento jurídico.

A **eficácia hermenêutica** de logo se sobressai. Os princípios constituem-se em expressões axiológicas interpretativas, apontando a direção que o intérprete deverá tomar na aplicação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Esse é o escólio de Ana Paula de Barcellos (2011, p. 97 e 101):

A interpretação jurídica é uma atividade complexa, como não se cansam de registrar os autores que cuidam do tema. E isso porque, embora obedeça a determinadas regras, dentre as quais destaca-se a do limite das possibilidades semânticas do texto, a interpretação está longe de produzir resultados unívocos e, pior, o processo interpretativo, muitas vezes, não é capaz de apresentar-se com uma face lógica e transparente, compreensível ao menos, restando a impressão de um caminho tortuoso, obscuro e, principalmente, voluntarioso.

(...)

Sendo assim, ainda que não seja possível eliminar essa partícula volitiva e indeterminada da interpretação jurídica, e talvez nem fosse aconselhável fazê-lo, é certamente necessário algum tipo de balizamento que limite esse elemento do processo interpretativo, sob pena de frustrar-se a realização dos valores constitucionais pela substituição da concepção de Estado e de direito escolhida pela assembleia constituinte por aquela individualmente adotada pelo intérprete – a despeito de sua consagração em texto positivo e de todas as sofisticadas técnicas de interpretação.

Como outra face da moeda, portanto, infere-se da eficácia hermenêutica dos princípios a sua função limitadora, que procura restringir a discricionariedade do aplicador no exercício de sua atividade interpretativa (ato de inteligência e vontade), possibilitando um maior grau de transparência e de controle.

Os princípios também possuem a função de integrar o ordenamento jurídico, colmatando eventuais lacunas existentes na aplicação do Direito numa hipótese concreta. Trata-se da **eficácia integradora dos princípios**, atuando como fonte genérica do Direito.

Maximizando esse aspecto dos princípios, acolhe-se o entendimento de Maria Helena Diniz (2009), quando preconiza que as **lacunas jurídicas** não são apenas **normativas**, isto é, quando inexiste norma a ser aplicada no caso concreto, mas também **ontológicas** – há norma mas ela não corresponde aos anseios inerentes aos fatos sociais – e **axiológicas** – há norma, mas esta se revela injusta.

Para exemplificar: o princípio da dignidade humana, inserido como norma jurídica em nossa ordem democrática, autorizou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a união homoafetiva como família, dela advindo os efeitos jurídicos previstos na legislação infraconstitucional (ADPF 132 e ADI 4277). Reconheceu-se, no caso, que o direito à preferência sexual emana diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em matéria penal, entre tantos outros casos em que o princípio da dignidade da pessoa humana concedeu direitos não previstos no direito positivo, é possível citar a proibição do uso indiscriminado das algemas (enunciado da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal) e a concessão de prisão domiciliar para os apenados que, em face da inexistência de vagas no regime semiaberto, ganharam direito à progressão de regime³⁵.

Os princípios, portanto, além de poderem ser aplicados diretamente no caso concreto (eficácia direta), suprimindo uma omissão normativa, possuem força capaz de conferir nova roupagem de significado valorativo para a norma interpretada.

2.3 Princípios e Regras: algumas distinções

Se os princípios são hoje considerados normas jurídicas, também encontra-se assentado que eles se diferem das regras jurídicas. Ambos inserem-se como espécies de um conjunto maior, qual seja, o ordenamento jurídico.

³⁵ STJ, HC 248358 / RS, 6ª Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA julgado em 11 de abril de 2013.

Parte da doutrina propõe que as regras servem para concretizar os comandos principiológicos. É o viés que, segundo Canotilho, vislumbra nos princípios o caráter normogenético e de fundamentalidade, aproximando-os, segundo o autor português, amparado em doutrina alienígena, de valores como Justiça, Direito e Fins de uma comunidade (perspectiva axiológica).

Os princípios, portanto, estariam a informar as regras, inspirando-as e compondo o seu substrato, a sua essência. Eles se irradiam por todo o ordenamento jurídico, conferindo unidade ao sistema. Por este prisma, assevera a doutrina no que se refere à dignidade humana:

Compete ao Direito Constitucional, máxime na interpretação da norma-princípio (Dworkin, 2002, p. 93), fundante da dignidade da pessoa humana, que lhe constitui signo fundamental do Estado Democrático de Direito, em perspectiva tópica, a cada instante de produção normativa, abstrata (legislação) ou concreta (aplicação), o processo de construção da pessoa, respeitando e deprecando valores da liberdade, isonomia e solidariedade (ZENNI, ANDREATTA FILHO, 2011, p. 80).

Realçando especificamente o princípio da dignidade da pessoa humana, objeto deste capítulo, o Superior Tribunal de Justiça, através de acórdão recente prolatado no Recurso Especial nº 1349155/RS, relatado pela eminente Ministra Eliana Calmon em 20/05/2013, adotou o posicionamento ora apresentado:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais (...).

Tal visão termina por diferenciar os princípios das regras segundo um critério que leva em conta o seu grau de importância.

Os princípios estariam, assim, em posição hierárquica superior no plano normativo, permeando a concretização das regras, tanto no plano legislativo, quanto na atividade jurisdicional. Assim discorre Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p. 922/923):

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá

sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Jean Boulanger, que é apontado por Paulo Bonavides como grande precursor da normatividade dos princípios (2007), propõe a diferenciação das regras dos princípios jurídicos a partir de outro critério, qual seja o da generalidade.

Segundo o autor francês, o princípio comportaria uma aplicação sobre uma série indefinida de fatos, enquanto que as regras apresentariam uma generalidade que poderia se denominar de especializada, na medida em que se aplicam a uma quantidade indeterminada de atos e fatos, mas incidiriam somente sobre um especial tipo de ato ou fato (*fati species*).

Um exemplo: o princípio da dignidade da pessoa humana alberga a possibilidade de ser aplicado a um número indeterminado de questões envolvendo direitos fundamentais. Basta analisar a jurisprudência pátria para constatar as diversas pretensões supedaneadas em tal princípio³⁶. Já as regras atinentes, por exemplo, ao instituto dos alimentos, aplicam-se a um número indeterminado de casos que versem, apenas, sobre a pretensão alimentícia.

A vagueza e a abstração dos princípios se traduzem numa abertura para uma variedade de significados (normas abertas), cabendo ao aplicador o exercício da atividade argumentativa na sua aplicação.

Essa textura aberta dos princípios permite, ainda, que o Direito acompanhe a evolução dos fatos e comportamentos sociais (função prospectiva e dinamizadora dos conflitos, nos dizeres de Jorge Miranda (2000)³⁷. Já a maior densidade normativa das regras

³⁶ Se o princípio da dignidade da pessoa humana serve de fundamento usado pela Jurisprudência de Tribunais Superiores para assegurar direitos como acesso às peças de inquérito policial, utilização de algemas, prisão domiciliar quando ausentes vagas no sistema penitenciário, dano moral a condômino inadimplente por corte de água ou de uso de elevador *etc*, ele apresenta-se mais imperativo para o exercício do controle judicial de políticas públicas voltadas para efetivar o direito à saúde, seja do ponto de vista individual (tratamentos e medicamentos), seja do coletivo (interferência no orçamento), já que saúde vincula-se à VIDA, pressuposto de todos os demais direitos fundamentais.

³⁷ Destaca Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 39): “A polimorfia principiológica na Constituição é que possibilita a multiplicidade de sentidos que se acrescentam e se sucedem, a fim de que o sistema tenha permanência, presença e eficácia social e jurídica. Fosse o princípio encarcerado num único sentido e a sua cristalização unívoca e imutável impor, como condição de eficiência do sistema jurídico, que a cada nova visão

pressupõe, diante dos mutáveis anseios sociais, que entre em cena o processo legislativo de modificação dos preceitos jurídico aplicáveis, considerando que se estará trabalhando com *standards* herméticos.

Ainda segundo o posicionamento do doutrinador francês Boulanger, conforme tradução de Bonavides (2007, p. 268), põe-se em relevo o caráter fecundante dos princípios, o que o leva a posicioná-los em patamar hierárquicos superior às regras:

Uma vez afirmados e aplicados na jurisprudência, os princípios são os materiais graças aos quais pode a doutrina edificar, com segurança, construções jurídicas (...). A verdade que fica é a de que os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Contêm em estado de virtualidade grande número das soluções que a prática exige.

Corolário dessa visão dos princípios é a atribuição ao intérprete do ônus de apresentar, de maneira lógica e retórica, os argumentos que levam a uma dada incidência dos comandos principiológicos no caso concreto (os princípios são vagos e abertos, mas determináveis).

Em face dessa redação vaga encontrada nos princípios, existe doutrina que não vislumbra a possibilidade de aplicação direta sobre o caso concreto (na Doutrina, é o que se chama de concepção débil dos princípios). Essa perspectiva pode ser inferida do escólio do jurista argentino Ricardo L. Lorenzetti (1998, p. 316/317):

O princípio não pode ser aplicado diretamente, como uma regra jurídica. Ele não expressa uma ideia objetiva, certa, que conduza o juiz a um juízo silogístico; não se pode considerá-lo como uma premissa maior e nele subsumir um caso.

Esse, porém, não é o entendimento majoritário que se encontra na doutrina e jurisprudência pátrias. No Brasil, perfilha-se a concepção forte dos princípios, conferindo-se-lhes imperatividade.

Discorrendo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, tema que será analisado no próximo tópico deste capítulo, André Ramos Tavares (2008, p. 16) enfatiza:

social do Direito se alterasse, formalmente, a ordem normada, a fim de que os novos termos, nos quais fossem eles expostos, sintonizasse o ideário social com o definido constitucionalmente”.

Apesar da dificuldade, a Justiça Constitucional brasileira tem se conduzido pela aplicação direta desse princípio, comumente conjugando-o (consustancialidade) com outros direitos proclamados diretamente. Assim ocorreu com o caso do direito à saúde, invariavelmente relacionado, pelas decisões, ao direito à vida e à dignidade da pessoa.

Outro importante estudioso do tema, cujas lições influenciam sobremaneira o pensamento da Doutrina Pátria sobre os princípios jurídicos, é Ronald Dworkin (2002). Este filósofo do Direito americano, na obra intitulada “Levando os Direitos a Sério”, apresenta as ideias de “tudo ou nada” (regras) e de dimensão de peso (princípios), como critérios para diferenciá-los.

As regras, por serem mandamentos definitivos, trazem duas alternativas: ou comportam aplicação de maneira completa, ou não são aplicadas. Se numa situação concreta, os pressupostos fáticos da regra jurídica estiverem presentes, e se ela for válida, a sua incidência ocorrerá, produzindo-se os efeitos jurídicos esperados.

Já os princípios são mandamentos de otimização, não se aplicando de forma automática no caso concreto, exigindo-se ponderações entre eles. Segundo Robert Alexy (2008), os princípios são aplicados o máximo possível, dependendo das condições fáticas e jurídicas existentes numa dada situação. A medida ou grau de aplicação, portanto, varia de acordo com as condições vigentes.

O Prof.º Dr.º Henrique Ribeiro Cardoso, com propriedade e amparando-se na teoria discursiva do Direito de Alexy, discorre (2009, p. 201):

As regras são postas como razões definitivas para um juízo concreto de dever ser – uma sentença judicial ou um ato administrativo individual, por exemplo -, aplicáveis, em regra, sem exceção. A forma de aplicação será a subsunção. Diferentemente, os princípios são razões *prima facie*. Esclarece que: “La vía desde ele principio, es decir, del derecho prima facie, al derecho definitivo, transcurre, pues, através de la determinación de una relación de preferencia”. Os princípios mesmos não são nunca razões definitivas da regra individual: são a razão, o critério, a justificação da decisão.

O filósofo do direito alemão enfatiza que o conflito (colisão) entre regras e princípios apresenta, de forma clarividente, a diferença existente entre essas espécies de normas jurídicas encontradas no ordenamento constitucional.

Para ele, na hipótese de se configurar um conflito entre regras jurídicas (razões definitivas), a solução ocorrerá com a inserção de uma cláusula de exceção numa das regras

colidentes ou, ainda, com a declaração de invalidade de uma delas. E aqui relembramos os critérios propostos para a solução dos conflitos de regras, quais sejam, a especialidade, a cronologia e a hierarquia.

O critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) significa inserir uma cláusula de exceção para uma normatização genérica, ao passo que a análise da cronologia (*lex posterior derogat legi priori*) e da hierarquia (*lex superior derogat inferiori*) entre regras importa no reconhecimento de que uma delas é inválida, seja por ser posterior, seja por infringir o dever ser hierarquicamente superior.

Já no tocante à colisão de princípios (razões *prima facie*), o pensador alemão leciona que a solução se dará através da ponderação no caso concreto (racionalmente fundamentada), através do estabelecimento das chamadas “relações de precedências condicionadas”.

Não se declara, no caso, a invalidade de um dos princípios. No máximo o que poderá ocorrer, após a realização de operações lógico-rationais e fundamentadas, é o afastamento de um ou de alguns deles na hipótese concreta.

Estabelecem-se prioridades, levando em conta o peso de cada princípio na situação concreta. Numa dada condição, presentes determinadas variáveis que serão consideradas pelo criador ou aplicador da norma, um princípio terá precedência sobre ou outro colidente. O direito *prima facie* passa para o estágio de direito definitivo.

Para tanto, em linhas gerais, apresenta a fórmula vazada nos seguintes termos: (P1 P P2) C e C é R, que pode ser assim traduzido, em síntese:

- a) numa dada condição (C), o princípio P1 prevalece sobre o princípio P2;
- b) inserido nas condições C há diversas variáveis (T1, T2, T3...etc);
- c) nas condições C, incide no caso concreto a norma R.

No pensar de Alexy (2008), observa-se, portanto, que, mudando-se as condições, altera-se o princípio que irá prevalecer num dado caso concreto. Ademais, a prevalência de um princípio numa situação analisada não significa dizer que aquele que ficou em segundo plano esteja sendo inobservado.

Portanto, a colisão de princípios se resolve pelo aspecto do peso. Já o conflito de regras é solucionado em função da validade daquelas que estão em confronto³⁸.

É importante essa temática, uma vez que existe substancial corrente, à qual este estudo se filia, que considera os direitos fundamentais como princípios jurídicos. É o caso, por exemplo, do Ministro Gilmar Mendes (2012, p. 476):

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação.

O mesmo se diga em relação ao pensamento de Robert Alexy (2000, p. 13):

En el centro de este libro se encuentra la tesis de que, más allá de su formulación más o menos precisa, los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que los principios son mandatos de optimización.

Na árdua tarefa de respeitar ou de concretizar os direitos fundamentais, não raro surgem situações de conflito que urgem ser dirimidas. Entra em cena a ponderação e a busca do grau de eficácia ótima, já que a extensão de um princípio é delimitada pelos demais que lhes são contrários e que incidem no caso concreto.

O Legislador (fase de elaboração da Lei) e o aplicador (etapa da concretização da norma no fato sob análise) devem ter sempre em mente os princípios da unidade da constituição e da concordância prática de suas normas, evitando o sacrifício completo de um dos bens jurídicos em jogo³⁹.

³⁸ As regras são normas que preconizam imperativamente uma exigência (permissão, imposição ou proibição) que é cumprida ou não. Canotilho (2003, p. 1161) explica: “A convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das normas é antinômica. Os princípios coexistem, enquanto as regras antinômicas excluem-se.

³⁹ É a lição da pena de Rothenburg (1999, p. 37): “É possível falar, assim, da possibilidade de fragmentação dos princípios, onde parcelas de um ou diversos podem compor-se com parcela de outro(s) e formar a norma de solução dos casos concretos. A imagem parcelar é sugestiva, embora traduza, na verdade, o fenômeno da incidência de princípio(s) inteiro(s), mas com força diferenciada conforme a situação: trata-se antes de modulação do que, propriamente, de composição”.

Ainda nesse campo, importante conferir realce ao papel do princípio da proporcionalidade. Este princípio, que alguns o igualam e outros o diferenciam da razoabilidade⁴⁰, também faz surgir diferentes pensamentos acerca da sua origem.

A doutrina alemã assevera que o princípio da proporcionalidade decorre da cláusula do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, enquanto que a doutrina norte-americana vislumbra no princípio do devido processo legal substancial (*substantive due process of law*) o seu nascedouro.

Analiticamente, o princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito.

Na solução do conflito entre princípios, a adequação refere-se à aptidão dos meios escolhidos para se chegar a uma solução que guarde sintonia com os objetivos constitucionais.

A necessidade tem pertinência com o grau de intervenção das medidas impostas para alcançar os fins propostos. A medida a ser adotada na solução do conflito entre direitos fundamentais deve ser a que menos intervenha, ou seja, a menos onerosa para o direito (princípio focado).

Já a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito ao custo/benefício das medidas interventivas impostas na solução dos conflitos, com os objetivos constitucionais almejados.

O certo é que o princípio da proporcionalidade incide não somente para proibir os excessos do Poder Público sobre a esfera dos indivíduos, mas também figura no ordenamento jurídico como importante fundamento voltado para justificar a proibição de tutela insuficiente ou defeituosa dos direitos fundamentais. Nesse sentido e com muita propriedade, Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 20):

Na mesma oportunidade, sustentamos (na época, praticamente isolados no contexto nacional, ainda mais em matéria penal) que a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria de proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões a direitos fundamentais provenientes de terceiros, razão pela qual a proporcionalidade

⁴⁰ Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 52) assim pensa: “É, pois, a razoabilidade, diferente da proporcionalidade, que impede excessos na aplicação dos princípios constitucionais, pois aquela permite que se conheça o espírito destes princípios e acerte-se a sua interpretação e, conseqüentemente, a sua aplicação, vale dizer permite que se conheça o princípio considerado em si mesmo, enquanto a proporcionalidade possibilita que se o conheça em sua relação com os demais princípios e regras que compõem o sistema constitucional”.

também é incompatível com a ausência de uma proteção ou com uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais, razão pela qual a doutrina (já com alguma repercussão na jurisprudência) passou a advogar a existência de uma dupla dimensão, ou, como preferem Luciano Feldens e Lenio Streck, de uma “dupla face” do princípio da proporcionalidade, operado simultaneamente como proibição de excesso e como proibição de insuficiência.

Conclui-se, assim, que o princípio da proporcionalidade apresenta-se como importante fundamento balizador para o exercício do controle judicial de políticas públicas, quando o Estado não cumpre o seu mister constitucional de promover o bem-estar da sua população, respeitando os seus direitos fundamentais⁴¹. Oportunamente e em capítulo próprio, será evidenciada a sua inserção na Teoria da Reserva do Possível, argumento de defesa sempre levantado pelas Fazendas Públicas.

2.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O último Poder Constituinte Originário delineou o Brasil como uma República Federativa, qualificando-o, ainda, como um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º). Nas palavras de Manoel Jorge e Silva Neto (2008), esta expressão assume importante significado, configurando a junção do Estado de Direito com a Justiça Social.

O Estado é de Direito na medida em que se conduz segundo as regras postas, isto é, obedecendo as limitações normativas que se auto-impõe. A ideia de limitação também é transposta para o âmbito da relação entre os Poderes, que deve ser lastreada pelo respeito e pela contenção recíproca.

⁴¹ Como o Direito vive em constante dialética, é válido aqui citar corrente que não vislumbra a proporcionalidade como um princípio, mas como um critério de ajustamento dos diversos princípios incidentes numa dada situação. É o caso de Rothenburg (1999, p. 42/43): “Encarada como um princípio, a proporcionalidade estaria sempre em concorrência com qualquer outro, devendo ambos comporem-se para uma adequada solução, numa sorte de composição necessária. Ora, isso na verdade não ocorre. Sob uma perspectiva lógica, é possível a incidência simples de apenas um princípio, no caso de não ter havido desafio de qualquer outro (não há concorrência ou conflito). Ademais, havendo concorrência ou conflito entre, digamos, dois princípios, a proporcionalidade não seria um terceiro que também devesse ser ponderado, mas justamente a própria ponderação, a resolver a concorrência ou o conflito.

O Estado, que em épocas passadas possuía poder absoluto, passa a se autolimitar, atuando segundo as suas próprias imposições normativas.

De maneira inequívoca, o fator segurança jurídica ganha maior peso na vida social. A previsibilidade dos efeitos jurídicos de atos e comportamentos, sejam eles públicos ou privados, torna-se valor fundamental, configurando-se em fator de consolidação e desenvolvimento para as relações jurídicas travadas.

A vinculação à Justiça Social significa que o Estado brasileiro deve ter como meta a melhoria das condições de vida das pessoas que vivem sob o seu poder (caráter universalista, que rebate a visão de meramente restringir a proteção do Estado aos cidadãos brasileiros).

O destaque atribuído à pessoa humana, inequivocamente posicionada no centro do ordenamento jurídico, infere-se, é conveniente destacar, não só a partir do reconhecimento de que a busca da sua dignidade representa um dos fundamentos da República Federativa brasileira (aliás a dignidade das pessoas também representa um fim da Ordem Econômica nacional).

O extenso rol de direitos fundamentais, espalhados por todo texto da Carta Magna⁴², é uma evidência inequívoca de que a pessoa humana esteve no centro das atenções do Constituinte Originário (e hoje está no cerne da atuação dos Poderes Constituídos), cabendo, portanto, ao Estado, promover o seu desenvolvimento e efetivação.

O Superior Tribunal de Justiça, através da 2ª Turma, em 06 de dezembro de 2012, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33.620, relatado pelo Min. Castro Meira, manifestou o entendimento no seguinte sentido: “Esse princípio, tido como valor constitucional supremo, é o próprio núcleo axiológico da Constituição, em torno do qual gravitam os direitos fundamentais, auxiliando na interpretação e aplicação de outras normas”.

Não há dúvida de que a dignidade da pessoa humana, princípio e fim do Estado brasileiro, deve ser assegurada de forma incessante, permeando os atos do Poder Público como condição de legitimidade.

⁴² Entendemos superada a corrente que restringe os direitos fundamentais apenas aos constantes do Título II da Carta Magna. Diversos direitos fundamentais estão fora desse Título, a exemplo dos que estão previstos nos Títulos atinentes à Ordem Econômica, Social etc. Destaque-se, ainda, que o próprio art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF, reconhece a existência de outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela previstos, bem como a possibilidade de tratados internacionais preverem outros direitos fundamentais.

Todavia é de se reconhecer, conforme supramencionado, a dificuldade em se conceituar o que seja essa dignidade, se é que é possível atribuir-lhe um conceito⁴³, considerando a sua textura aberta (ambiguidade). Veja-se, então, num primeiro momento, o reconhecimento e a evolução do alcance do significado da dignidade da pessoa humana.

2.4.1 Reconhecimento e Evolução do Significado da Dignidade da Pessoa Humana

No plano internacional, a dignidade da pessoa humana foi preconizada pela Organização das Nações Unidas após a 2ª Guerra Mundial.

Como forma de simbolizar e destacar o valor do homem, o qual fora tão vilipendiado pelos regimes totalitários no período de 1939 a 1945⁴⁴, legou-se ao mundo, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos, documento forjado na base da inspiração de diversas correntes filosóficas e jusnaturalistas.

Reconhecendo que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana (*in persona ipsa*), conferindo supedâneo aos direitos da igualdade, da liberdade, da justiça e da paz no mundo, estabeleceu logo no seu dispositivo inaugural:

Art. 1º. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Inaugurado no plano internacional, o movimento político no sentido de reconhecer a dignidade da pessoa humana como norma constitucional assume contornos

⁴³ É a posição de Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p. 112/113): “É verdade, por outro lado, que se não conceitua dignidade da pessoa humana. Trata-se, como se refere no sistema da ciência do direito, de um *topoi*, ou seja, termo que não admite conceituação, muito embora sirva de ponto de partida para a solução do problema normativo ocorrente. É o mesmo que se opera com o termo “interesse público”. Não há a possibilidade de conceituá-lo, conquanto o magistrado e o membro do Ministério Público possam afirmar, no caso concreto, se a hipótese tratada é de interesse público”.

⁴⁴ Um dos considerandos veio assim redigido: “Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum”.

transnacionais, passando a figurar como valor fundamental de diversos pactos internacionais, inserindo-se também em diferentes ordens constitucionais⁴⁵.

Sobre o tema, Flávia Piovesan informa (2012, p. 204):

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Esse efeito irradiador dos direitos inerentes à dignidade humana no plano internacional pode ser verificado, a título exemplificativo, a partir de realidades constitucionais como as encontradas na Alemanha, Espanha e Portugal.

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, estabeleceu:

Artigo 1º [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

- (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.
- (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
- (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

⁴⁵ Barroso em artigo publicado em 2010 pontua: “Diversas outras Constituições contêm referência expressa à dignidade em seu texto – Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, em meio a muitas outras – ou em seu preâmbulo, como a do Canadá. E mesmo em países nos quais não há qualquer menção expressa à dignidade na Constituição, como Estados Unidos e França, a jurisprudência tem invocado sua força jurídica e argumentativa, em decisões importantes.

A Constituição Espanhola de 1978 trouxe em seu art. 10:

A dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos do semelhante constituem o fundamento da ordem política e da paz social.

A Constituição Portuguesa de 1976, por sua vez, assim inaugura o seu texto:

Artigo 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

No Brasil, a primeira constituição a expressamente prever a dignidade da pessoa humana em seu bojo foi a Constituição Federal de 1988 (art. 1º, inciso III). E colocou-a no patamar de princípio jurídico-fundamental do Estado, ou seja, o Poder Público, suas Instituições e o Direito não existem por si e para si mesmos, pois têm como fim assegurar a dignidade do ser humano, o que traz a tarefa de respeitar os direitos fundamentais.

O fato de a positivação da dignidade humana ser fenômeno histórico-constitucional recente, não quer dizer que ela só passou a existir a partir de então. A dignidade é algo inerente ao ser humano, independente de reconhecimento normativo (dimensão interna da dignidade humana).

O que ficou claro, a partir da presença da dignidade da pessoa humana nos textos normativos, é o reconhecimento do dever jurídico do Estado de promover e tutelar a pessoa humana, independentemente de qualquer fator de *discrimen* (raça, sexo, idade etc.). Diz Marcelo Novelino (2006, p. 52):

Por certo, não é indiferente que a dignidade da pessoa humana esteja explicitada na Constituição. Esta positivação faz com ela deixe de ser apenas um valor moral para se converter em um valor tipicamente jurídico, revestido de caráter normativo, com eficácia jurídica e apto a suscitar importantes consequências dentro de todo ordenamento jurídico.

O valor fundamental e intrínseco da pessoa humana, também conhecido no passado pela expressão *dignitas*, encontrou fundamento no pensamento inerente à doutrina judaico-cristã. O valor do homem ganha um sobressalto a partir da crença, constante do Antigo Testamento, de que Deus o criou à sua imagem e semelhança (Gênesis, Cap. 1, v. 26).

Mais adiante, no Novo Testamento, o Filho de Deus vem ao mundo como Homem e morre na cruz em expiação pelos pecados do mundo inteiro⁴⁶. O amor a Deus e ao próximo, como mandamento deixado para a observância pela humanidade, ressalta as noções dos valores da solidariedade e da fraternidade, inspiração para se atribuírem direitos mínimos à pessoa.

Por outro lado, o significado da dignidade da pessoa humana também apresentou viés secularizado. De acordo com o pensamento filosófico e político na antiguidade clássica, a dignidade era aferida de acordo com a posição social ocupada pelo indivíduo⁴⁷. A dignidade poderia ser quantificada, havendo indivíduos mais ou menos dignos, assim reconhecidos pelos membros da sociedade.

Ligando a pessoa à liberdade individual, a filosofia estoicista asseverou que todos os homens são iguais em dignidade, característica que diferenciava o ser humano das demais criaturas. O Homem, portanto, seria livre para praticar atos e traçar o seu destino, ficando, em contrapartida, responsável pelos efeitos do seu comportamento.

Com o advento do Iluminismo, o homem, em face de sua racionalidade, passa a ser o centro ao redor do qual gravitam os pensamentos político, filosófico, jurídico e sociológico⁴⁸. Ele é capaz de formular concepções éticas, atribuindo valor aos fatos, comportamentos e objetos que o cercam.

O seu caráter humanístico e racional, que idealizava a limitação do poder absoluto, a igualdade entre os homens e a sua participação política na condução da coisa pública (ainda que esta igualdade e democracia tenham se resumido, em verdade, ao campo formal), também figura como primícias para o surgimento de direitos voltados para assegurar o mínimo de dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva secularizada da dignidade, Ingo Sarlet (2011) cita os filósofos Samuel Pufendorf e Pascal. O primeiro manifestava que a dignidade não possuía origem divina nem decorria da posição social. Segundo ele, a capacidade e a liberdade de escolha baseada na razão, assim como a de agir conforme a opção feita, justificam a atribuição da

⁴⁶ Em Mateus, Cap. 1, v. 20, registra-se: “Mas, no que lhe veio esse pensamento, apareceu-lhe em sonho um anjo do Senhor, que lhe disse: José, Filho de Davi, não tenhas receio de receber Maria, tua esposa; o que nela foi gerado vem do Espírito Santo. Ela dará à luz um filho, e tu lhe porás o nome de Jesus, poise ele vai salvar o seu povo dos seus pecados”.

⁴⁷ Na Roma antiga, Cícero adotou o pensamento de que a dignidade possuía duas acepções: uma absoluta, pela qual reconhecia a dignidade como uma dádiva, elevando o homem, enquanto ser racional, ao ápice da natureza; a outra relativa, pertinente à posição social alcançada pelo homem.

⁴⁸ Santo Tomás de Aquino, na Idade Média, já sustentava que o homem possui dignidade por apresentar-se como um ser racional, possuidor de capacidade de autodeterminação.

dignidade ao homem. Já Pascal vinculava a dignidade à capacidade de pensamento do homem.

Mas é nas lições de Immanuel Kant (2004) que se encontra o fundamento acolhido pela Doutrina para servir de base para o conceito de dignidade da pessoa humana. O filósofo alemão parte do princípio de que, se o homem é o único ser racional, possuindo potencial autonomia da vontade para dar destino à sua própria vida, aí se encontra o fundamento para ser reconhecida a sua dignidade.

Os homens então, na visão kantiana, dotados de autonomia ética, passam a ser um fim em si mesmo, não podendo ser reduzidos a um mero objeto pelo Direito ou pelo Estado (homens têm dignidade, são fins e não podem ser monetarizados; já as coisas são meios e possuem preço)⁴⁹. Encontramos a seguinte passagem na sua filosofia (KANT, 2004, p. 68): “Age de tal maneira que uses a humanidade tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

É de se observar que se está tratando aqui de uma capacidade potencial, abstrata, para autodeterminar a sua vida. Ao contrário – e que não é o caso –, se fosse exigida uma capacidade concreta de dar os passos autônomos na condução de seu destino, estariam excluídos da dignidade os embriões, os portadores de deficiência psíquica, recém-nascidos e menores de tenra idade, entre outros.

A partir desse pensamento kantiano, observa-se que a dignidade é algo inerente à condição humana. Assim, como a pessoa não pode se despir de sua essência, não há como se falar em retirada ou em renúncia à dignidade. Não se quer com isso dizer que ela não possa vir a ser violada no plano empírico (e os exemplos no dia a dia são constantes), situação que levará à deflagração de instrumentos voltados para o seu restabelecimento. Sarlet prega (2011, p. 84):

Com efeito, parece-nos já ter sido suficientemente repisado que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ser ela própria concedida pelo ordenamento jurídico. Tal aspecto, embora seguindo sentido inverso chegou a ser objeto de lúcida referencia feita pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser retirada de nenhum ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre.

⁴⁹ Eis o pensamento de Kant (2004, p. 77): “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”.

Aliás, a dignidade da pessoa humana é valor de expressão permanente, a ponto de amparar direitos até mesmo após a morte, protegendo o ser humano tanto no que se refere ao corpo físico como tutelando os seus atributos morais (proteção da honra objetiva e do bom nome).

Em questões mais polêmicas, encontram-se na comunidade científica a defesa da tese de que a dignidade da pessoa humana serve de amparo para justificar uma morte digna (eutanásia) e a formulação do chamado testamento vital.

Afirma Maria Helena Diniz (2006), por exemplo, ser necessário impor limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano, em qualquer de suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só poderá ser alcançado caso se tenha a dignidade da pessoa humana como centro.

Como contraponto ao pensamento de Kant, Hegel afirma que a dignidade da pessoa humana não é algo que lhe é da essência, mas um atributo que precisa ser conquistado. Fernandes elucida o tema (2012, p. 296/297):

Hegel, por sua vez, irá sofisticar ainda mais a noção de dignidade humana quando concebe que esta é fruto de um complexo processo de reconhecimento. A ideia de reconhecimento surge no discurso filosófico a partir de Hegel, ao trabalhar a dialética do senhor e do escravo, na Fenomenologia do Espírito. Aqui, o reconhecimento surge como uma luta. Assim, a mente existe como consciência individual. Cada consciência é incapaz de reconhecer autonomia em outra consciência; mais que isso ela rouba essa autonomia, escravizando-a – impondo sobre ela sua visão de mundo e seus projetos para garantir o reconhecimento. Desse modo, em um primeiro momento, o escravo é obrigado pela força, a reconhecer no senhor o autor das ideias que guiam suas próprias ações; ao passo que o senhor não reconhece o escravo – senão como objeto, meio para atingir suas ideias e projetos. Mas esse reconhecimento conquistado pela força acaba por perder seus efeitos: “ele só é reconhecimento efetivo quando aquele que reconhece o valor do outro também tem seu próprio valor honrado por ele”. Isso nos revela que a reciprocidade é condição essencial dessa dinâmica.

A evolução do pensamento acerca da dignidade atualmente extrapola até mesmo a sua visão até então restrita ao Homem. Presentemente, já existem correntes ecológicas

reivindicando a dignidade também para o Meio Ambiente (fauna e flora)⁵⁰, criticando a limitação imposta por sua visão antropocêntrica da dignidade.

Preservar a dignidade da pessoa humana significa algo complexo até mesmo para ser traduzido em palavras ou num conceito. Afora a vagueza e indeterminação, a variação de significados passíveis de serem extraídos do termo dignidade é muito grande, ainda mais numa sociedade pluralista.

A dignidade da pessoa humana é a base dos direitos individuais, políticos e sociais (dimensão externa da dignidade humana).

O cidadão precisa ter a sua esfera de liberdade protegida de abusos e deve lhe ser assegurada a prerrogativa de participar da condução dos rumos da atuação estatal.

Além disso, é preciso estar munido dos direitos sociais capazes de lhe garantir uma formação que possibilite exercitar os direitos que lhe são assegurados.

Tem-se, portanto, em nome da autodeterminação intrínseca do homem, um aspecto de não intervenção, um limite para a atuação do Estado ou de terceiros, impedindo a violação da dignidade (função defensiva ou negativa); e, ainda, verifica-se que o alcance da dignidade humana funciona como um conjunto de atividades direcionadas para a sua concretização (função prestacional ou positiva).

Enaltecendo esse tronco comum que é a dignidade da pessoa humana para os direitos fundamentais, Jorge Miranda, supedaneado em decisão do Tribunal Constitucional Português, realça (2000, p. 181):

Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à ideia de protecção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial.

A dignidade da pessoa humana reúne os direitos fundamentais, dando-lhes caráter sistêmico. Afirma Moraes (2008, p. 21/22):

⁵⁰ Anamaria Feijó, relacionando o animal não-humano e a dignidade, escreve (2008, p. 142): “Para que a dignidade seja possível de ser dada a outros seres vivos precisa ser conceituada de forma subjetiva, sendo ampliada através da aceitação do binômio dignidade/respeito. Dizendo que algo é digno de respeito estaremos outorgando dignidade àquilo que merece ser respeitado. O conceito subjetivo de dignidade pode assim ser atrelado ao animal não-humano, entendendo-o como partícipe da biosfera, como ser passível de respeito pelo papel que exerce nesse sistema global devendo ser sua integridade respeitada e defendida”.

Dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

2.4.2 A Jurisprudência e a Dignidade da Pessoa Humana como fonte e reforço na realização de direitos subjetivos específicos.

A dignidade da pessoa humana vem sendo utilizada como fundamento autônomo de diversos direitos reconhecidos na atividade forense. Na jurisprudência brasileira construída pelos Tribunais Superiores, a dignidade da pessoa humana fundamenta os direitos mais variados, incluindo os chamados *hard cases* como são exemplos os casos da licitude da pesquisa científica utilizando-se células-tronco de embriões, da legitimidade das uniões homoafetivas, da possibilidade de interrupção de gestações de fetos anencéfalos etc.

O princípio que rege o Estado Democrático de Direito serve de sustentáculo para apreciações de direitos que tenham por objeto abstenções ou promoções. Luis Roberto Barroso, em artigo científico versando sobre a dignidade da pessoa humana, apresenta uma relação extensa de demandas em que o respeito ao ser humano foi invocado. Diz ele (2010):

A referência à dignidade humana, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é especialmente abundante em matéria penal e processual penal. Em diversos julgados está expressa ou implícita a não aceitação da instrumentalização do acusado ou do preso aos interesses do Estado na persecução penal. O indivíduo não pode ser uma engrenagem do processo penal, decorrendo, de sua dignidade, uma série de direitos e garantias. Daí a existência de decisões assegurando aos que são sujeitos passivos em procedimentos criminais o direito (a) à não auto-incriminação, (b) à presunção de inocência, (c) à ampla defesa, (d) contra o excesso de prazo em prisão preventiva, (e) ao livramento condicional, (f) às saídas temporárias do preso, (g) à não utilização injustificada de algemas e (h) à aplicação do princípio da insignificância. A ideia kantiana do fim-em-si foi utilizada em

acórdão em que se discutiu a competência para julgamento de crime de redução de pessoas à condição análoga à de escravo.

Existem, igualmente, precedentes do STF relacionados à manutenção da integridade física e moral dos indivíduos e à proibição da tortura e de tratamento desumano, degradante ou cruel. O princípio da dignidade humana também foi invocado em decisões como a da não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988 e na relativa à demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol. No controvertido tema do direito à saúde, sobretudo quando envolvidos procedimentos médicos e medicamentos não oferecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a dignidade humana também costuma ser invocada como argumento último, que encerra a discussão. A circunstância de que o orçamento da saúde é finito e que, portanto, em muitas situações, destinar os recursos ao atendimento de uma pretensão judicial é retirá-los de outros destinatários, agrega complexidade ao debate. Com frequência, a ponderação adequada a se fazer envolve a vida, a saúde e a dignidade de uns versus a vida, a saúde e a dignidade de outros.

Também no Superior Tribunal de Justiça têm se multiplicado as referências à dignidade da pessoa humana em decisões as mais variadas. Há precedentes em quase todas as áreas do direito, envolvendo (a) mínimo existencial, (b) restrição ao direito de propriedade, (c) uso de algemas, (d) crime de racismo, (e) tortura, (f) vedação do trabalho escravo, (g) direito de moradia, (h) direito à saúde, (i) aposentadoria de servidor público por invalidez, (j) vedação do corte de energia elétrica para serviços públicos essenciais, (k) dívidas de alimentos, (l) adoção, (m) investigação de paternidade, (n) disputa de guarda de menor, (o) direito ao nome, (p) uniões homoafetivas e (q) redesignação sexual, em meio a muitos outros.

Nesses casos, a dignidade da pessoa humana é invocada como mais um fundamento constitucional que tem por meta reforçar a efetividade do direito fundamental especificamente envolvido no caso concreto.

Daí também se considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como uma cláusula pétrea implícita, sendo defeso a sua retirada do texto constitucional⁵¹.

Como dito, os direitos fundamentais são auferidos – variando a intensidade – do princípio aludido, sendo por ele também influenciada a atividade argumentativa e interpretativa que precedem a aplicação do preceito ao caso concreto.

⁵¹ Emerson Garcia (2008, p. 139) assevera: “Em que pese a aparente dicotomia de tratamento, é evidente que a dignidade humana é um princípio transcendente à ordem constitucional, do que deriva a sua imutabilidade. Além disso, está intimamente interrelacionada com os direitos fundamentais, direcionando a sua interpretação, contribuindo para a ponderação e solução de colisões e, em refluxo, tendo a sua vagueza semântica por eles reduzida.

Todavia, há consenso de que a sua observância é obtida quando se constata o respeito aos direitos fundamentais que assegurem o mínimo existencial da pessoa. É o que irá ser tratado a seguir.

2.4.3 Dignidade Humana e Mínimo Existencial

A expressão “mínimo existencial”, inferida do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, traz a noção de um conjunto mínimo de direitos, sem o qual a pessoa não é capaz de ter uma sobrevivência digna. Enquadrar o que seja esse mínimo existencial é tarefa das mais difíceis no Direito, conforme afirma Barroso (2010):

O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. Não é possível captar esse conteúdo em um elenco exaustivo, até porque ele variará no tempo e no espaço.

O professor Ricardo Lobo Torres (1990) afirma que o mínimo existencial não possui dicção constitucional própria nem conteúdo específico. Por outro lado pondera (1990, p. 69/70):

O mínimo necessário à existência constitui um direito fundamental, posto que sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

(...);

O fundamento do direito ao mínimo existencial, por conseguinte, está nas condições para o exercício da liberdade, que, por seu turno, se expressam no princípio da igualdade, na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais.

O pensamento de Ricardo Lobo Torres vai encontrar amparo na doutrina de John Rawls (2000), que teceu linhas sobre o liberalismo político e traçou a concepção de justiça

como equidade. Sua teoria leva a refletir o homem em seu estado original, como um ser racional e imparcial.

Considerando o fato de desconhecerem o seu futuro e as contingências que virão para cada um (“Véu da Ignorância”), os membros da sociedade consentem sobre a existência de um conjunto mínimo de direitos e condições materiais que assegurem a todos a liberdade e bem-estar (“Mínimo Social”). Nesse “estado de natureza”, vigem para os homens dois princípios de justiça:

- a. Todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor eqüitativo garantido.
- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, 2000, p. 47/48).

Esse segundo princípio é o que se denomina de “princípio da diferença”. O sistema igualitário de liberdades e o acesso equânime às funções e posições na sociedade pressupõem a garantia de condições materiais mínimas, sem as quais o homem não pode ser verdadeiramente livre.

Saindo deste estado ideal, quando então foram fixadas as liberdades de cada indivíduo e tolerados os diferentes destinos (os homens desenvolvem seus talentos e assumem suas potencialidades e concepções de vida), as eventuais desigualdades devem ser enfrentadas juridicamente pelo Legislador.

Com o passar dos anos, o pensamento de John Rawls sofre uma transformação, inferindo das desigualdades um direito constitucionalmente tutelável, como nos informa Ana Paula de Barcellos (2011, p. 150):

A evolução do pensamento de Rawls, portanto, no ponto que aqui interessa, parte de uma consideração da justiça distributiva globalmente considerada (o princípio da diferença e seus três elementos: maximização do bem-estar dos menos favorecidos, posições e funções abertas a todos e igualdade equitativa de oportunidades) que, do ponto de vista jurídico, consubstancia um fim estabelecido pelo constituinte e dirigido ao legislador. Nada obstante, ainda neste primeiro momento, a percepção da imprescindibilidade do mínimo existencial (posição equitativa de oportunidades) conduziu o autor a situar

este elemento fora da estrutura dos dois princípios, com um pressuposto lógico da equitatividade de sua construção.

Nesta segunda fase de seu pensamento, o autor vai distinguir dentro do princípio da diferença um conteúdo mínimo, ao qual conferirá *status* de direito subjetivo constitucional, embora não utilize essa expressão nem especifique qual o conteúdo material desse mínimo.

O mínimo existencial, note-se, deixa de ser um fim a ser atingido pela atuação do Legislador, para transformar-se em um direito constitucionalmente assegurado, independente da intervenção legislativa.

As prestações que representam um *plus* em relação a esse mínimo continuam no âmbito da competência do Legislativo, a quem caberá promover as políticas sociais que realizem de forma mais ampla a justiça distributiva.

O mínimo existencial, conceito doutrinário que procura lançar os fundamentos que se propõem a obrigar o Estado a preservar um piso de direitos, também pode ser evidenciado em cada direito em si. Consequentemente, é possível então falar numa educação básica, numa saúde básica, num saneamento básico etc.

Mas o âmbito daquilo que é básico em cada direito social pode também diferir entre si. No caso da saúde, e este é o pensamento deste estudo, há o envolvimento de uma questão peculiar, qual seja a necessidade de preservação da vida. Compare-se a saúde com a educação básica.

Um procedimento especializado ou medicamento diferenciado, caso sejam necessários para preservar a vida do paciente, é prestação componente da saúde básica, cabendo ao Estado arcar com os seus custos, caso a pessoa não disponha de meios para fazê-lo. A não ser assim, a pessoa perecerá.

Já um doutorado numa determinada área científica é exemplo de uma típica prestação material que jamais envolverá uma questão de sobrevivência (pelo menos do ponto de vista físico) para fazer com que o Estado tenha a obrigação de arcar com as despesas, a despeito de estar previsto que a Educação é direito de todos e dever do Estado.

Sendo diferente o âmbito básico de cada direito social mencionado, forçoso concluir que, nas lides envolvendo o controle judicial de políticas públicas, deverão ocorrer incidências diversas das teses que versam sobre a reserva do possível e a garantia do mínimo existencial.

Pela pertinência com o presente trabalho, passa-se a tratar do mínimo existencial no que concerne às prestações estatais (*status positivus libertatis*) relacionadas com a saúde terapêutica.

A pesquisa ora empreendida não tem a pretensão de definir ou abordar as discussões sobre o que se insere ou não entre as balizas do chamado mínimo existencial (decorrência da dignidade da pessoa humana).

Mas, se desse conceito se infere a imposição de que o Estado deve garantir direitos mínimos necessários não só para a pessoa viver, mas, além disso, para se viver com liberdade, igualdade e dignidade, é infenso de dúvida que o direito à saúde (medicamentos e tratamentos para resguardar a vida do paciente) está inserido nesse espectro de difícil delimitação.

Toda prestação de saúde que se revelar necessária para o tratamento e sobrevivência do paciente se insere no conceito de mínimo existencial. A vinculação do Estado no sentido de lhe gerar o dever de prover esse direito não depende de previsão em Lei, pois decorre diretamente da força normativa da Constituição, mais especificamente dos preceitos pertinentes à dignidade da pessoa humana e à disciplina da saúde como direito de todos.

Acerca do tema, enfatiza o pesquisador Marco Antônio da Costa Sabino (2011, p. 381): “Mas o mínimo existencial condiz com a saúde básica. Ora, o que é o básico? Básico deve ser tido como o medicamento ou tratamento necessário não apenas para preservar a vida do paciente, mas, também, sua existência digna”.

Como afirmado no capítulo anterior, a saúde vincula-se à vida, base de todas as demais posições jurídicas subjetivas. Se o Direito e o Estado não estão obrigados a conceder prestações voltadas para a sobrevivência do ser humano, será forçoso concluir que a Constituição possui dispositivos retóricos, que contêm meras promessas, o que frustrará justas expectativas criadas pela sociedade a partir do Texto Magno.

Ao inserir a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, a República Federativa do Brasil assumiu o compromisso, pra valer, de pôr o homem como o centro de suas atenções.

Entende-se, portanto, que o direito à saúde terapêutica em situações excepcionais (risco de morte), por estar vinculado ao direito à vida (o maior dos direitos, base para o exercício dos demais direitos), encontra-se num patamar hierárquico superior no âmbito das

temáticas consideradas materialmente constitucionais. Tudo isso a influenciar na solução de conflitos envolvendo direito fundamentais.

Em outras palavras, numa escolha trágica, a decisão a ser tomada em favor da saúde deverá ocorrer na maioria das vezes, eis que a vida é o bem jurídico principal do ser humano, assumindo maior importância que os demais direitos fundamentais. E a justificativa é simples: descabe falar de titularidade de qualquer outro direito fundamental se não houver a preservação da vida.

A hierarquização entre direitos e princípios é realidade juridicamente reconhecida em nosso Ordenamento Jurídico. Destaca Sarlet (2011, p. 159):

Justamente no que diz com a indispensável hierarquização (e/ou ponderação), poderá assumir algum destaque a circunstância de que os direitos fundamentais não possuem, conforme já restou suficientemente frisado, o mesmo conteúdo em dignidade, já que dela constituem exigências e concretizações em maior ou menor grau de intensidade, isto sem falar na possibilidade de existirem direitos fundamentais sem um conteúdo aferível em dignidade.

Não é outra a lição de Marcelo Campos Galuppo (2002, p. 175):

Essa ideia de peso significa que o conflito entre princípios será resolvido tendo em vista a sua hierarquização. Não uma hierarquização absoluta, é verdade, mas uma hierarquização tendo em vista o caso concreto, realizada pelo procedimento de ponderação dos princípios envolvidos na situação.

Sendo assim, numa escala de tutela de direitos, valores e princípios, o direito à vida – e a prestação de saúde terapêutica necessária para garanti-la – merece tratamento prioritário. A urgência em resguardá-lo (do contrário tudo perece, o que inclui o patrimônio jurídico) denota a sua prioridade, inclusive sobre outras prestações jurídicas inseridas na ordem social.

A não ser assim, o direito à vida restará fragilizado, permitindo-se aos administradores um poder de vida e de morte que não lhes é reconhecido pelo Direito Pátrio. É de bom alvitre aqui citar, diante da profundidade do raciocínio, a seguinte passagem doutrinária de autoria de Ingo Sarlet (2006, p 343):

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor – além da já clássica alegação de que o

direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana.

(...);

Cumpra relembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para algum cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo, e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos.

A despeito de estar vinculado à vida, considerada como sendo o “direito dos direitos”, não se está aqui a afirmar que o direito à saúde terapêutica é absoluto.

A vida mesma pode ser suprimida, bastando verificar que a Constituição Federal, quando existente o estado de guerra, autoriza a supressão da vida em face de um interesse maior, em hipóteses devidamente previstas em lei; e que o Código Penal prevê rol de hipóteses em que o aborto é legítimo (estendido ainda para a hipótese dos fetos anencéfalos, conforme decisão da ADPF nº 54). Kildare Gonçalves Carvalho (2010, p. 739) ensina:

Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, dentre outras delimitações, resultando daí, restrições dos direitos fundamentais em função dos valores sociais aceitos pela sociedade.

Todavia, não quer dizer com isso que qualquer argumento levantado pelas Fazendas Públicas será capaz de submeter a efetividade do direito à saúde a um plano inferior, colocando em risco o direito à vida, ainda mais se as razões apresentadas, uma vez comprovada a eficiência da prestação de saúde pleiteada, forem de ordem financeira ou em virtude de um suposto prejuízo a outro direito fundamental, cujo conteúdo, em termos de dignidade humana, se situe em patamar inferior.

Assim, em situações envolvendo o choque de direitos fundamentais, as restrições que serão feitas em cada um deles, com o intuito de harmonizá-los, deverão ser regidas pelos princípios da proporcionalidade e da dignidade humana, evitando a afetação do núcleo

essencial dos direitos (mínimo existencial) e sempre com vistas à preservação da unidade da Constituição.

Assume-se aqui a posição da teoria externa no tocante às limitações dos direitos fundamentais, que acolhe a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais em jogo (via colisões de princípios), de conformidade com a lição de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 138):

Ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanescentes), a teoria externa divide esse objeto em dois: há em primeiro lugar, o direito em si, e, destacadas dele, as suas restrições.

(...);

É principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A situação da Judicialização da Saúde, que envolve as demandas por medicamentos e tratamentos especiais, pode ser aqui destacada.

De um lado tem-se a necessidade da prestação, apontada por especialistas como a que se apresenta como necessária para que o paciente possa superar a enfermidade que lhe traz risco de perder a vida.

Do outro, observam-se a escassez de recursos e o planejamento orçamentário, ou seja, a organização financeira planejada, que é uma exigência para que o Estado desempenhe com eficiência as suas funções.

Os dois bens em conflito precisarão ser amoldados através de sacrifícios recíprocos, superando-se a controvérsia. Entram em cena então os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade⁵².

Um exemplo retirado da Jurisprudência é elucidativo: se um tipo de medicamento estiver na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e o paciente não o obtiver, o Estado estará obrigado a fornecê-lo, já que se estará diante de uma falha que lhe é imputável, pois mesmo se planejando previamente, indicando o medicamento como o necessário e apropriado para o uso terapêutico em face de uma determinada doença, deixou de

⁵² Enfatiza a Prof.^a Jussara Jacintho (2006, p. 174): “Ao atuar como expressão de um valor apto a prover coesão material aos diversos regimes constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana opera simultaneamente com a máxima da proibição de excesso, e ambos vão definir os contornos que as leis restritivas devem assumir e vão delinear o que resulta da confrontação entre princípios contrapostos”.

provê-lo para a população. Os recursos para tanto deverão ser extraídos daqueles previstos para a saúde pública, pois há evidência concreta de falha na sua gestão.

Uma lide que tem pertinência com o que se acaba de ressaltar ocorreu na Suspensão de Tutela Antecipada nº 268, quando o Município de Igrejinha/RS almejou suspender uma decisão que determinava a concessão de medicamento previsto na lista do Sistema de Saúde. Em decisão monocrática, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 22/10/2008, manteve hígidos os efeitos da tutela antecipada, assim fundamentando:

Entendo, igualmente, inexistente a ocorrência de grave lesão à ordem pública por violação ao art. 2º da Constituição. A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde de todos (art. 196), legalmente estabelecido pelas normas que regem o Sistema Único de Saúde, e tecnicamente especificado pelas Portarias do Ministério da Saúde. A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto nas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. Tais determinações devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária, pois representam comandos vinculativos para o poder público.

O extremo dessa discussão ocorrerá nas situações em que se apresentem pretensões que envolvem a obtenção de medicamentos experimentais (sem registro na ANVISA), aliado ainda ao fato de que não há a comprovação da eficiência do fármaco pleiteado por qualquer órgão nacional ou internacional oficial e especializado na matéria.

Nesse caso, não é razoável que o Estado efetue despesas com a aquisição de medicamentos cuja eficácia terapêutica ainda não restou comprovada. Colidiria com os princípios da proporcionalidade e da isonomia o Estado ser impelido a alocar recurso de outras rubricas, prejudicando a população, para assumir a despesa de um tratamento ou medicamento de eficiência questionável ou sequer definida.

Pior: tal aquisição poderia levar a que fosse operacionalizado o gasto com valores reservados para a saúde pública, recursos esses já planejados e previstos para promover o direito à vida e à saúde de outras pessoas com medicamentos e tratamentos já reconhecidos como eficientes pelos órgãos sanitários.

Além de pender dúvidas sobre o bom êxito da terapia buscada em favor daquele que judicializou a questão da saúde, tal incerteza seria patrocinada às expensas do sacrifício do direito de outras pessoas que, como se sabe, também está fulcrado na dignidade da pessoa

humana. Na visão deste estudo, isso não seria viável. Mais uma vez invocamos o escólio da professora Jussara Jacintho (2006, p. 175):

Concluindo, reiteramos que a dignidade como valor supremo a orientar a interpretação constitucional é imponderável, insuscetível de ceder diante do caso concreto, a outro direito, qualquer que seja ele. Como posição subjetiva, plasmada como princípio ou regra, não. Aí, em se tratando do confronto entre dignidade de pessoas diversas, uma pessoa pode ter o seu direito à dignidade relativizado, em benefício da dignidade alheia, mas a dignidade não pode ser relativizada diante de um outro direito.

Essa também é a posição do Supremo Tribunal Federal. Na análise do agravo contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário nº 741537/RS, o Ministro Gilmar Mendes, em decisão prolatada no dia 10/05/2013, pontuou:

Assim, por meio de uma análise inicial, obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a agravar o atendimento médico da população mais necessitada.

A diferenciação de tratamentos também foi mencionada no agravo contra decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário nº 654049/MG, decidido pelo Min. Celso de Mello em 04 de março de 2013: “Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro”.

E aqui se abre ensejo para outra reflexão, que deverá ocorrer quando o fármaco possui eficiência terapêutica reconhecida e aprovação por órgãos internacionais competentes, a exemplo do FDA (*Food and Drug Administration*) e da EMEA (*European Medicines Agency*), mais ainda não foi implementado o seu registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA⁵³ do Brasil por razões burocráticas, nem adotado pelos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Sistema Único de Saúde.

⁵³ Em regra, o medicamento não registrado na ANVISA não pode ser ministrado. É o que preconiza a Lei nº 6.360/76, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências: 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.

Há todavia exceção a essa regra, prevista no art. 7º, § 5º, da Lei nº 9782/99: 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.

Na hipótese de, após uma instrução exauriente, restar comprovado que o órgão oficial que fiscaliza os fármacos e a lista do Sistema Único de Saúde não alcançaram a evolução da medicina no mesmo ritmo, é de se concluir, à luz do texto constitucional, que o Estado deverá arcar com as despesas exigidas pelo novo tratamento ou medicamento, caso também fique evidenciado que a prestação de saúde oferecida pelo Poder Público não apresente êxito na preservação da saúde e da vida do paciente que não tem recursos para assumir os custos necessários.

Se os protocolos administrativos e terapêuticos não foram atualizados, havendo comprovação da inutilidade do tratamento proposto pelos órgãos oficiais em face de peculiaridades que envolvem a doença e o organismo do paciente, a conclusão a que se chega é a de que ao Poder Público, em homenagem à dignidade da pessoa humana e em observância aos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, caberá promover alocações de recursos que sirvam para obter a nova prestação, haja vista que se está tratando da obtenção de um bem material que se apresenta como necessário para que uma pessoa, que não dispõe de recursos financeiros para tanto, possa sobreviver.

A matéria não é nova no Supremo Tribunal Federal. No julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, decidiu o Min. Gilmar Mendes, em 18 de setembro de 2009, em caso envolvendo a prestação de saúde pelo Estado do Ceará e o Município de Fortaleza:

Não raro, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

(...)

O registro de medicamento, como lembrado pelo Procurador-Geral da República, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA, a agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos.

Após verificar a eficácia, segurança e qualidade do produto e conceder o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trazer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA.

A partir de decisões do Supremo Tribunal Federal, Marco Antônio da Costa Sabino (2011, p. 385) propõe substanciosos critérios para uma eficiente e regular intervenção judicial nas políticas públicas da saúde:

Por isso, em matéria de dispensação de terapias pelo Judiciário, duas situações devem ser observadas: (a) o medicamento ou tratamento está presente nas listas de custeio obrigatório pelo SUS: nesses casos e ficando comprovada a necessidade pelo paciente, o Judiciário deverá ordenar ao Poder Público que forneça o postulado, já que, existindo planejamento anterior revelado pela inclusão da terapia nas listas, o impacto orçamentário será bem menor; e (b) o medicamento ou tratamento não consta das listas, seja por falha, seja por opção do administrador.

Na última hipótese, qualquer decisão judicial no campo das ações e políticas de saúde deverá, necessariamente, ser precedida de: (i) um amplo debate, de preferência, com setores da sociedade civil e autoridades sanitárias e da saúde; (ii) informações a respeito do orçamento, das técnicas medicamentosas disponíveis e efeitos das moléstias; e (iii) informações a respeito das ações tomadas pelo Executivo com relação a dada doença ou mal. Munidos desses dados, os magistrados terão condições de avaliar os três paradigmas fundamentais que devem nortear qualquer intervenção judicial na política de saúde: o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade.

Aproveita-se a oportunidade para acrescentar outra condição/exigência a ser cumprida pelo administrador quando do cumprimento da decisão judicial concessivas de prestações de direitos sociais, em especial os da saúde.

Seu intuito visa conciliar a dignidade do paciente que precisa de uma terapia não contemplada nas listas oficiais (embora na instrução seja provada sua eficiência) com a dignidade dos diversos usuários do Sistema Único de Saúde.

Para não causar um desequilíbrio na rubrica orçamentária destinada à saúde, prejudicando o direito à vida de outras pessoas, entende-se que o administrador, diante de uma injunção judicial que determina ao Estado que preste o medicamento ou tratamento ainda não registrado na ANVISA ou que não conste das listas do SUS por razões burocráticas (a evolução da tecnologia é mais célere que a atualização das listas), deverá lançar mão, primordialmente, de recursos reservados para outras áreas de atuação estatal.

A opção de lançar mão de recursos direcionados para o custeio da própria saúde pública, já programados para medicamentos e tratamentos planejados em face das

necessidades prementes e ordinárias reconhecidas (daí porque já figuram em listas como a RENAME), fica como sendo a última opção a ser escolhida e, ainda assim, retirando os recursos destinados para as despesas com serviços e materiais que não digam respeito à sobrevivência do ser humano.

Esse ônus da Fazenda Pública – que leva a uma verdadeira química orçamentária em favor do direito à saúde, correlato ao direito à vida – decorre dos subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, quando, para superar o conflito entre direitos, se exige que a restrição ocorra na menor intensidade possível, devendo ser ainda observada a relação custo/benefício.

Se é para restringir um direito visando priorizar a saúde e a preservação da vida com a concessão de um medicamento ou tratamento (medida que se apresenta como apta para solucionar a questão), os subprincípios da necessidade (exigibilidade) – que serve como critério para eleger a decisão menos restritiva para os indivíduos – e o da proporcionalidade em sentido estrito – que por sua vez constitui a relação envolvendo vantagens *versus* desvantagens (custo/benefício) sob a ótica constitucional – devem reger a decisão de redirecionamento dos recursos, cabendo ao Legislador e Administrador, discricionariamente, buscá-los em áreas que não estejam relacionadas com a concretização de direitos fundamentais⁵⁴.

Nessa tomada de decisão, que se costuma denominar de “escolhas trágicas” por parte do administrador, a Doutrina e Jurisprudência admitem que os direitos em jogo sejam gradativamente comparados (sobrelevar-se um em detrimento de outro), conforme decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639337/SP, relatado pelo Min. Celso de Melo, e apreciado pela 2ª Turma em 23 de agosto de 2011.

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas 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**

⁵⁴ A alocação de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais é matéria de atribuição originária dos Poderes Legislativo e Executivo. Porém, o exercício desta competência não pode se dar de maneira divorciada da realidade constitucional almejada, podendo sim esta decisão ser sindicada perante o Poder Judiciário. O controle de constitucionalidade da atividade política deverá ser realizado, sempre que o Estado inobserve seus deveres constitucionais, não por impossibilidade fática, mas comprovadamente em razão de uma discricionariedade política que venha a aviltar a dignidade da pessoa humana.

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. (grifou-se)

Nesse mesmo sentido é o escólio de Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 196):

Neste âmbito, a escolha de alocação de recursos feita para um determinado fim, e não para outro, necessitará de justificação. A partir do momento que se toma a escassez de recursos econômicos para a realização dos direitos fundamentais como uma escassez artificial, e não natural, quando se está consciente de que o Estado escolhe dedicar recursos a um determinado fim, no lugar de outros, torna-se possível, e desejável, que esta alocação de recursos seja justificada sob o ponto de vista constitucional. É certo que existe uma margem de discricionariedade que deve ser respeitada, todavia, também existe margem de controle.

Sobre esse assunto envolvendo custos e opções de implementação, ele será tratado em tópico específico, quando então se fará referência à Teoria da Reserva do Possível.

CAPÍTULO III – PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 Considerações iniciais

Nos capítulos anteriores, apresentaram-se os principais fundamentos para a realização do controle judicial de políticas públicas da saúde. No primeiro deles, discorreu-se sobre o aludido direito social previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal e a sua caracterização como direito que se classifica em várias gerações (apesar de toda a doutrina inseri-lo na 2ª Geração).

Com amparo em precedentes da jurisprudência dos Tribunais Superiores, tratou-se da dimensão objetiva e subjetiva do direito à saúde, enfatizando-se os direitos de proteção, de tutela e de promoção, e demonstrando-se a sua interferência enquanto norma jurídica a influenciar interpretações e a incidir também na relação jurídica entre particulares.

No segundo capítulo, abordou-se o direito à saúde enquanto elemento que compõe o chamado mínimo existencial, decorrência do fundamento maior do nosso Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Defendeu-se que a saúde terapêutica, quando se revela necessária para resguardar a vida do paciente, deve ser considerada como algo inerente ao mínimo existencial do indivíduo.

No presente capítulo, a intenção da pesquisa é enfrentar os principais argumentos contrários e corriqueiramente apresentados para não aceitar o controle da política pública da saúde realizado pelo Poder Judiciário.

De início, cabe aqui a assertiva de que a judicialização de questões envolvendo o direito à saúde é uma realidade complexa e polêmica em nosso país.

Realidade essa que, também, apresenta-se revestida de alta carga de dramaticidade, eis que a vida está em jogo de um lado, enquanto, do outro, verificam-se diversas e complexas questões a serem enfrentadas, a exemplo de discussões no campo da política, do orçamento, da técnica *etc.* Para a eficiência da proteção do direito à saúde, esse fenômeno não deve ser discutido com a presença apenas de profissionais do Direito.

A evidência incontestável de que os serviços públicos nesse setor não funcionam segundo os ditames constitucionais, ou o fazem de maneira precária e ineficiente, tem levado a uma crescente deflagração de demandas judiciais para a obtenção de um tipo de medicamento ou o deferimento de cirurgias, procedimentos ou de nova tecnologia médico-terapêutica a ser aplicada a um dado paciente.

De acordo com levantamentos da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, órgão vinculado à Advocacia Geral da União, somente na Justiça Federal, no ano de 2009, foram ajuizadas 10.486 ações discutindo o direito à saúde; em 2010, esse número foi de 11.203 demandas; em 2011 foram 12.811; e até outubro de 2012, já havia sido registrado o quantitativo de 9.657 feitos judiciais.

As sentenças judiciais nesses casos, em geral, determinam três tipos de provimentos mandamentais:

- a) Aquisição de medicamentos e insumos peculiares para o tratamento do paciente;
- b) Depósito de valor para que o próprio paciente adquira o medicamento ou contrate a realização de procedimento médico-terapêutico;
- c) Repasse de valores para os demais entes federativos (Estados e Municípios), para que estes adquiram os medicamentos e/ou procedimentos necessários para a recuperação do paciente.

Em face dessas demandas, a União efetuou levantamentos e verificou um aumento do número de novas aquisições de medicamentos para atender as determinações decorrentes dessa judicialização. A seguir, será apresentada uma tabela fornecida pelo Ministério da Saúde, que demonstra essa evolução ano após ano:

Ações Judiciais por Ano

	01-Jan	02-Fev	03-Mar	04-Abr	05-Mai	06-Jun	07-Jul	08-Ago	09-Set	10-Out	11-Nov	12-Dez	Total Ano
2002	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	1
2003	0	1	0	0	2	0	2	0	0	1	1	1	8
2004	1	0	1	1	0	3	2	2	2	5	3	3	23
2005	6	4	4	6	9	9	8	19	18	18	19	25	145
2006	23	28	41	32	35	30	36	49	35	32	36	36	413
2007	33	40	40	43	68	54	53	69	64	73	54	88	679
2008	74	59	89	108	80	78	141	127	291	359	533	334	2273
2009	210	162	243	236	114	78	155	109	112	125	105	133	1782
2010	128	98	131	71	134	179	112	93	102	64	82	100	1294
2011	95	82	240	143	162	208	186	256	132	159	122	146	1931
Total por Mês	570	474	789	640	604	640	695	724	756	836	955	866	8549

Fonte: Ministério da Saúde

Essa crescente judicialização decorre não só da natureza do direito em litígio, sendo também reflexo de uma característica da personalidade do cidadão brasileiro, qual seja a de sempre submeter seus conflitos, dos mais simples aos mais complexos, à apreciação do Poder Estatal. Pertinente aqui destacar a lição da Prof.^a Dr.^a Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (2013, p. 161):

A nossa realidade é caracterizada por uma cultura demandista, uma vez que as pessoas se acostumaram a confiar a decisão de suas contendas a um terceiro imparcial, como se fosse mais capaz do que os próprios conflitantes de promover a justiça no caso concreto.

(...);

Consequência disso é o grande volume de processos com longos prazos de duração, que constitui um entrave para a concessão de uma tutela efetiva e justa pelo Judiciário.

A inserção do debate a respeito das políticas públicas no âmbito de ações judiciais traz uma reflexão sobre o papel do Poder Judiciário em nossa Democracia. Estaria essa função estatal, concebida para dirimir conflitos de interesse, autorizada pela Constituição a apreciar questões outras que não jurídicas, para definir ou corrigir os rumos de uma política pública?

A corrente mais afeita ao pensamento clássico nega ao Poder Judiciário essa competência. A objeção levantada tem fundamento nos princípios democrático e da separação dos poderes.

Outro ponto de discussão nesta temática diz respeito à Teoria da Reserva do Possível, argumento inaugurado no âmbito do Direito alemão e que foi trasladado para o Brasil, muitas vezes desconsiderando-se as diversas realidades constitucionais vigentes nesses países

A última objeção traz para o âmbito de apreciação judicial o fato de que as necessidades são plúrimas e os recursos são escassos. Ela prossegue afirmando que o Poder Judiciário está vocacionado para atuar no caso concreto, não tendo condições de, “ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo” (MENDES, 2012, p. 465).

O contraponto destes argumentos levantados contra o controle judicial de políticas públicas na saúde será o objeto desta parte da pesquisa. O início da reflexão do tema partirá

da análise do princípio da separação dos poderes e da função do Poder Judiciário numa democracia permeada por valores e princípios, em que o homem e sua dignidade apresentam-se como o centro ao redor do qual gravitam o Estado e o Direito.

3.2 Princípio da Separação de Poderes, Democracia e o papel do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas

3.2.1 Considerações Históricas

A Constituição Federal preconiza no seu art. 1º, parágrafo único, que todo Poder provém do povo, que o exerce nas modalidades da democracia direta ou participativa, segundo os ditames trazidos na própria Carga Magna. Já o seu art. 2º prevê que esse Poder soberano é dividido entre as funções legislativa, executiva e judiciária, que atuam de maneira independente e harmônica.

Para reconhecer hoje o papel dinâmico que exerce o Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, é forçoso reconhecer que o princípio da separação de Poderes evoluiu com o tempo, merecendo uma releitura diante dos novos anseios revelados pela sociedade, que clama também por cidadania social.

As primícias da divisão do poder político podem ser encontradas no pensamento de Aristóteles. Na sua obra “A Política”, o filósofo grego já a apresentava como uma condição para que o indivíduo pudesse alcançar a felicidade (viver bem, apesar das diferenças de hábitos e culturas nas cidades-estado gregas).

Ele anunciava a existência de três funções do Poder Soberano na Pólis, quais sejam a Deliberativa, a Executiva e a Judiciária. O bom governo deveria buscar o melhor para a sociedade, caracterizado pelo alcance do bem comum. É seu o seguinte trecho retirado da obra supramencionada (2001, p. 97):

Toda Cidade tem três elementos, cabendo ao bom legislador examinar o que é mais conveniente para cada constituição. Quando essas partes forem bem ordenadas, a constituição será bem ordenada, e conforme diferem umas das outras, as constituições também diferem. A primeira dessas partes concerne à deliberação sobre os assuntos públicos; a segunda, às magistraturas: qual deve ser instituída, qual deve ter sua autoridade específica e como os magistrados devem ser escolhidos; por último, relaciona-se a como deve ser o poder judiciário.

Da filosofia helênica, dá-se um corte na História para os Séculos XVII e XVIII, quando também se encontra o pensamento teórico que defende a separação de poderes, desta feita num ambiente político em que se propugnava uma contestação ao poder absoluto dos soberanos.

A base teórica das ideias liberais e iluministas apregoava que as leis eram editadas para permitir a sobrevivência do homem, já que, em estado de natureza, os homens viviam uma situação de insegurança, valendo a lei do mais forte, o que era sempre algo injusto e arriscado (autodefesa para obter autopreservação).

No final do Século XVII, a obra de John Locke, denominada “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, pregava a existência do Poder Legislativo, alçado à posição suprema por criar leis que serão observadas pelos indivíduos e pelo Estado. Sustentava ainda que o referido Poder não seria permanente, só persistindo o seu funcionamento enquanto houvesse a necessidade de feitura de leis.

Sua obra mais festejada também ressalta a existência de um Poder Executivo, voltado para pôr em prática, de forma contínua, os ditames das leis aprovadas pelo Parlamento, que teriam vigência duradoura e indefinida, e que seriam criadas a partir da deliberação de várias pessoas, representando os diversos interesses da comunidade. Após a criação das leis, esses legisladores se afastam da função legislativa, sujeitando-se aos comandos legais.

Havia ainda o Poder Natural ou Federativo, decorrente do espírito de corpo da comunidade civil, cuja função era de declarar a guerra e celebrar a paz, fazer alianças e transações entre os membros da sociedade civil e aqueles que estavam fora dela (relações externas). Tanto o Poder Federativo (ou Natural) quanto o Executivo estariam nas mãos da mesma pessoa.

Mas a razão para separar os poderes vinha do reconhecimento de que, considerando a natureza humana e seus vícios e falhas, a concentração do poder político nas mãos de um único titular descambaria para o arbítrio, desvirtuando o papel do Estado criado justamente para a preservação do homem e da comunidade (vida, liberdade e bens). Assim John Locke teorizou (2006, p. 75):

(...) e como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo. Por isso, nas comunidades civis bem organizadas, onde se atribui ao bem comum a importância que ele merece, confia-se o poder legislativo a várias pessoas, que se reúnem como se deve e estão habilitadas para legislar, seja exclusivamente, seja em conjunto com outras, mas em seguida se separam, uma vez realizada a sua tarefa, ficando elas mesmas sujeitas às leis que fizeram; isto estabelece um vínculo novo e próximo entre elas, o que garante que elas façam as leis visando o bem público.

Mas é o filósofo francês Montesquieu o pensador que é considerado como o grande sistematizador das ideias da divisão das funções políticas do Estado. Figurando como um dos intelectuais que contribuíram para a formação do Estado Liberal, a sua obra “O Espírito das Leis”, publicada em 1748, propôs a repartição tríplice do Poder, fracionando-o nas funções legislativa, executiva e judiciária.

Ademais, seu pensamento propugnou, ainda, a definição de órgãos específicos e diferenciados para exercê-las, sendo que eles reciprocamente se limitam, o que possibilita a existência de governos moderados e a liberdade política (aspecto psicológico, ou seja, o homem possui a tranquilidade de não temer ser lesado por outro homem).

Com cada Poder exercendo a sua força de forma independente e harmônica, chegar-se-ia a um estado de repouso, conforme sua visão a seguir transcrita:

Eis então a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo. Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente (MONTESQUIEU, 1996, p. 176).

Segundo Montesquieu, a necessidade de divisão do poder político parte do pessimismo antropológico (defeitos ínsitos ao ser humano, dominado por suas paixões e ambições).

Se o detentor da soberania não vier a encontrar limites para o seu exercício, a experiência eterna testemunha que a sua tendência natural será abusar do poder de que dispõe. Para demonstrar suas convicções, buscou exemplos em outros países:

Na maioria dos reinos da Europa, o governo é moderado, porque o príncipe, que possui os dois primeiros poderes, deixa a seus súditos o exercício do terceiro. Entre os turcos, onde estes três poderes estão reunidos na pessoa do sultão, reina um horrível despotismo. Nas repúblicas da Itália, onde estes três poderes estão reunidos, se encontra menos liberdade do que em nossas monarquias.

A partir da análise da Constituição da Inglaterra, Montesquieu afirma a existência de uma função legislativa, criando regras abstratas e gerais, delimitando o âmbito de liberdade tanto dos Poderes estatais quanto dos indivíduos. Esta função também retira do ordenamento jurídico a legislação que não mais condiz com as necessidades sociais.

Há a função Executiva que emerge dos *jus gentium*, cuja atribuição é declarar a guerra, firmar acordos de paz, promover a segurança de fronteiras coibindo invasões, enviar e receber magistrados e instaurar a segurança. Há ainda outra função Executiva, a qual se infere do direito privado, mais especificamente do direito civil, cuja finalidade era de julgar os crimes, impor penas e dirimir conflitos e lides entre particulares. Aos olhos de hoje, essa atividade tida como executiva seria o Poder Judiciário.

Sobre o poder de julgamento, Montesquieu asseverava que a escolha dos magistrados deveria ser feita junto às pessoas do povo, segundo critérios legais, para uma investidura temporária, durando o tempo exigido em face da existência de conflitos.

A fim de evitar o arbítrio e a insegurança, a função da magistratura se restringiria a revelar mecanicamente a vontade da lei, não sendo possível ao Magistrado apreciar o caso à luz de suas impressões e de seu conceito de justiça. Diz ele:

Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que foram ali assumidos.

Esse realce conferido à lei destacava o Poder Legislativo em detrimento dos demais poderes. André Ramos Tavares deixa patente que a separação de poderes, em sua versão original, na verdade não almejava tomá-los como manifestações da soberania estatal em equilíbrio. É de sua autoria a seguinte passagem:

Assim, no Estado de Direito da legalidade, que se constituiu para realizar o sentido conferido à lei pelo Iluminismo, o princípio da separação dos

poderes serve para garantir o primado da lei e, assim, o monismo do poder centrado no legislativo. Não há, nesta concepção, qualquer pretensão de equilíbrio de poderes.

(...);

O poder político do Estado, nessa concepção, é a própria lei. Na expressão de Carl Schmitt, “o Estado é a lei, a lei é o Estado”.

Quando se admite a hierarquia nas funções estatais, como era o caso da prevalência da lei, isto implica, necessariamente, uma hierarquia dos respectivos órgãos. E é em Kant que se pode constatar com toda evidência essa colocação, para quem os três poderes-funções estão entre si como as três premissas de um silogismo: premissa maior é o Poder Legislativo, premissa menor o Poder Executivo e conclusão o Poder Judicial (TAVARES, 2011, p. 29).

Vale aqui ressaltar que essa desconfiança sobre a função exercida pelo Poder Judiciário (poder nulo e invisível), assim como a simbiose entre as atividades executiva e judicante refletem-se na atual Carta Magna francesa, como nos informa Luís Roberto Barroso (2011, p. 30):

O Judiciário recebe pouco destaque na Constituição francesa, que se refere a *l'autorité judiciaire* mais como um departamento especializado do que como um verdadeiro Poder. Ali se estabelece, singularmente, que cabe ao Presidente da República garantir “a independência da autoridade judicial”, com aparente indiferença ao fato de que é a própria supremacia presidencial que pode ensejar a ingerência indevida. Na França, desde a revolução, levou-se às últimas consequências a ideia de separação dos Poderes no tocante ao Judiciário, objeto de desconfianças históricas. A ele sempre foi vedado apreciar atos do Parlamento ou do governo.

Essa visão autômata a respeito da função exercida pela Magistratura, quando então a atividade do juiz era restrita a uma mera repetição da legislação vigente⁵⁵ – daí a expressão cunhada de que o juiz é *bouche de la loi* –, justificava-se durante a formação e a existência dos Estados liberais, logo após a superação do regime absolutista.

Limitar o Poder Político, através da divisão de poderes por órgãos distintos (*checks and balances*), e submeter a atuação do Estado aos ditames das leis emanadas do Parlamento (*rule of law*) foram as conquistas da época. Na vigência do pensamento político liberal, os direitos fundamentais então previstos tinham por meta proteger a esfera jurídica do indivíduo (liberdade e propriedade), impedindo o Estado de nela adentrar de forma indevida, somente podendo fazê-lo nos limites da lei.

⁵⁵ Esse modo de pensar aproxima-se do Positivismo Jurídico, quando então o Direito resumia-se à lei, afastando-se de qualquer juízo de valor. Ao atuar, o distanciamento do Magistrado em relação à equidade, à ética e outras apreciações axiológicas era condição *sine qua non* para a incolumidade do princípio da separação de poderes e da democracia.

A função do Poder Judiciário resumia-se, portanto, à competência de atuar quando estivesse diante de situações que caracterizassem uma intromissão indevida dos entes estatais, anulando os atos públicos em desconformidade com a lei.

3.2.2. Influência dos Direitos Fundamentais na Concepção do Princípio da Separação de Poderes

Quando os defensores de certa corrente afirmam que o Poder Judiciário não pode efetuar o controle judicial de políticas públicas, impondo a implementação dos direitos fundamentais sociais almejados pela Constituição de 1988, essa conclusão faz retroceder a visão do Princípio da Separação de Poderes para a época de mais de duzentos anos atrás, o que se revela ultrapassado e em desconformidade com a realidade constitucional construída a partir do pensamento pós-positivista.

O Princípio da Separação dos Poderes deve receber uma nova roupagem, em que fique patente o dever indeclinável do Estado de respeitar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Na sua visão clássica, o princípio aludido buscava limitar o Poder, destacando-se os direitos de liberdade, e ainda assim de poucos. Hoje, nas Democracias propostas em Estados Sociais, o Direito ali vigente possui peculiaridades voltadas para o desenvolvimento da cidadania social, almejando alcançar o bem de todos, o que torna imprescindível uma nova reconfiguração do princípio da separação dos Poderes.

É esta a visão que também deve nortear aqueles que operam a Jurisdição. Sustenta Elival da Silva Ramos (2010, p. 114):

Porém, se o princípio da separação dos Poderes consagrado nas Constituições democráticas contemporâneas se filia, histórica e ideologicamente, ao modelo concebido sob inspiração do liberalismo setecentista, não pode ser compreendido sem a indispensável imbricação com um determinado sistema constitucional, que lhe confere características peculiares, de modo a torná-lo único em sua concreta encarnação daquele arquétipo.

Partindo dessa lição, observa-se que, no caso do Brasil, dadas as peculiaridades do ordenamento jurídico posto, a concepção unicamente liberal não é suficiente para atender as

pretensões expostas pelo Poder Constituinte Originário, as quais, inspiradas pelos ideais da igualdade e da solidariedade, assumem a concepção de construir e consolidar um Estado Social e Democrático de Direito⁵⁶.

Logo no preâmbulo da Constituição Federal, ressaltando, sobretudo, o seu caráter dirigente, consta em que tipo de Estado a sociedade brasileira almejava viver a partir de 1988:

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

Essa vertente social, que mostra o norte a ser seguido pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e também por instituições que servem como pilares da Democracia, a exemplo do Ministério Público, da Defensoria Pública, da OAB, entre outras, vem reforçada pelas disposições relacionadas com os objetivos fundamentais assumidos pela República Federativa do Brasil, pelo extenso rol de direitos e princípios fundamentais, pelo capítulos específicos da Ordem Econômica e da Ordem Social, os quais não devem ser tratados como meras promessas vazias de conteúdo. É o que ressalta Carmem Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 285):

Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional

⁵⁶ Para a consolidação da democracia brasileira, os Direitos Fundamentais se voltam para compensar os efeitos colaterais que decorrem do regime capitalista. Pedro Rui da Fontoura Porto assevera (2006, p. 228): “Poder-se-ia arriscar a dizer que, se no regime comunista ortodoxo, o Direito tem uma mera função de controle social rigoroso com revogação das liberdades e garantias mais elementares em homenagem a uma impositiva e absoluta igualdade material; no capitalismo, o Direito tem um potencial muito maior: servir de guardião das promessas da modernidade democrática, restringindo as tendências atroztes do capitalismo e, com isso, dando sobrevida à ideologia democrática”.

Progressivamente, as expectativas criadas pelo texto constitucional devem ser convertidas em realidade, através da fruição concreta dos direitos ali elencados, o que pressupõe o engendramento de políticas públicas eficientes na área social.

Sensível aos novos ares políticos surgidos no início do Século XX, Karl Lowenstein propôs uma análise da separação das funções estatais levando conta as políticas públicas como critério. Diz ele (1979, p. 62):

El iconoclasta no puede sentirse satisfecho con sólo remover de su pedestal al ídolo de la triple separación del orden del dominio en los “poderes” legislativo, ejecutivo y judicial; en su lugar estará obligado a colocar outro análisis de la dinámica del poder más de acuerdo con la sociedad pluralista de masas de nuestro siglo. A continuación se expone una nueva división tripartita: la decisión política conformadora ou fundamental (policy determination); la ejecución de la decisión (policy execution) y el control político (policy control).

No pensar de Lowenstein, a determinação da política pública (*policy determination*) e a sua execução (*policy execution*) inserem-se na competência dos Poderes Legislativo e Executivo, formados por representantes do povo, eleitos democraticamente. Já o Judiciário atua quando os demais poderes laboram em descompasso com os compromissos constitucionais, seja através de atos comissivos ou omissivos (*policy control*).

O Judiciário, como Poder independente que compõe a estrutura organizacional democrática da República Federativa do Brasil, ao lado do Legislativo e do Executivo, assume também o compromisso finalístico do Estado de construir uma sociedade mais justa, na qual se procure superar, de maneira progressiva, as desigualdades encontradas no seio social. Afirma Manoel Messias Peixinho (2008, p. 23):

Os juízes, na tradição liberal clássica, limitavam-se a aplicar somente a lei. A Constituição, para essa ideologia, somente poderia ser concretizada mediante a intervenção do legislador. Em franca oposição, o constitucionalismo atual (neoconstitucionalismo) apregoa que a função da Constituição é regular as relações sociais. A essência desse novo constitucionalismo adota uma metodologia em que os princípios gerais e as normas programáticas produzem efeitos diretos e podem ser aplicados por qualquer juiz ante as controvérsias. Adite-se: as legislações devem ser produto do desenvolvimento dos princípios constitucionais ou da execução direta dos programas de reforma introduzidos pela Constituição.

Todos os Poderes, em parceria e respeitando a esfera de atribuição de cada um deles, possuem aptidão constitucional para implementar os direitos fundamentais por meio de *policies*.

Este mecanismo de controle do Poder Político serve para equilibrar as forças de cada uma das funções, mas não como um fim em si mesmo.

O sistema de freios e contrapesos, instituído num sistema constitucional como o descrito pela Carta Magna de 1988, deve ser algo que potencialize a efetividade dos programas sociais firmados pelo Constituinte. Eduardo Appio (2012, p. 198 e 200) descreve:

Os órgãos da Função Controladora não governam, apenas controlam de forma independente os atos e omissões dos demais órgãos de Função Constitucional Governativa, no tocante à sua compatibilidade com a Constituição, bem como com os direitos fundamentais do cidadão, função na qual está incluída a jurisdição constitucional, além de assegurar a participação das minorias parlamentares no debate constitucional.

(...);

A atividade de controle, a qual é exercida na via das ações coletivas ou em sede de fiscalização concentrada da constitucionalidade das leis e atos normativos, deve ser exercida de modo a obter a pacificação social, o que somente se revela possível através da credibilidade das decisões judiciais, fundadas na imparcialidade da defesa da Constituição. Caso contrário, o próprio Supremo Tribunal passaria a figurar como núcleo das contendas constitucionais, e suas decisões correriam o risco de serem descumpridas. Tal proposição, de modo algum, implica politizar o debate judicial, mas apenas assegurar que os valores constitucionais sejam concretizados no atual sistema de força políticas.

A centralidade dos direitos fundamentais na Ordem Jurídica, conforme assevera André Ramos Tavares, interferiu na concepção acerca do Princípio da Separação de Poderes, conferindo-lhe nova acepção. Infere-se de sua obra (2011, p. 29): “Inversamente, a limitação do poder em nome das garantias fundamentais pretendeu, acima de tudo, assegurar o pluralismo de centros de poder, pelo qual uns sirvam de controle aos demais”.

Fulcrado em Constituições Dirigentes, a legitimidade de todos os Poderes dos Estados Democráticos e Sociais é aferida a partir do atendimento dos anseios populares voltados para uma progressiva e efetiva concretização dos direitos fundamentais prestacionais.

Os Estados Liberais criavam, através de leis, espaços de liberdade para os cidadãos, mas não fixavam metas. Já os Estados Sociais passaram a perseguir fins em prol da

comunidade, assumindo programas finalísticos de interesse público, também amparados na supremacia da lei.

A legitimidade do Estado liberal se media pelo respeito às decisões tomadas pelos governados, nos limites da lei. Cabia ao Estado garantir uma margem de liberdade de atuação para o indivíduo tomar as decisões em sua vida.

No Estado Social, há uma mudança nesse reconhecimento da legitimidade estatal. Essa novidade foi bem assimilada por Fábio Konder Comparato, que também, a exemplo de Loewenstein, vislumbra sua total influência no princípio da Separação de Poderes (1998, p. 44):

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental.

Esse regime de colaboração entre os Poderes, isto é, de divisão de tarefas visando ao equilíbrio das funções estatais em prol da consecução do bem comum, vem pronunciado por José Afonso da Silva (2006, p. 109/110):

"Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em 'colaboração de poderes', que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e da harmonia dos poderes. A 'harmonia entre os poderes' verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados".

Efetivar direitos sociais é sinônimo de formulação, execução e controle de políticas públicas. Como dito, se o Legislativo e o Executivo não se desincumbem da sua função constitucional de forma eficaz, cabe ao Poder Judiciário, através de uma atuação independente, razoável e sempre em favor de um ponto de equilíbrio entre as funções estatais,

aplicar diretamente o texto constitucional e efetivar os direitos sociais, os quais representam típicas promessas constitucionais vinculantes e não meros programas de governo.

A independência das esferas política e jurídica, essencial para a legitimidade da democracia pluralista, leva a que a atuação do Poder Judiciário ocorra de forma supletiva e subsidiária.

É dessa forma que se encontra um necessário meio-termo na questão do controle judicial de políticas públicas, que respeita a pluralidade de interesses e valores da sociedade (que devem ser captados pelo âmbito de competência de decisão política via representantes eleitos), ao mesmo tempo em que assegura os fins e metas sociais já decididos e sedimentados pelo Poder Constituinte Originário, não se permitindo aos poderes políticos a discricionariedade para lhe dar cumprimento ou não.

É esse o pensamento do Supremo Tribunal Federal, conforme decidido na ADPF nº 45, apreciada pelo eminente Ministro Celso de Mello em 29 de abril de 2004:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Em outras palavras: nem haverá a intromissão absoluta da esfera jurídica sobre a política, homenageando, assim, a complexidade da sociedade (valores, interesses, diferenças sociais etc); nem se terá a anulação por completo da esfera jurídica no controle da esfera política, já que a legitimação do direito não está apenas na observância de um procedimento que o cria, mas também no respeito às estruturas axiológicas e finalísticas constantes da Carta de 1988. Enfatiza Meyer (2005, p. 235):

A Constituição, de um lado, vincula o sistema político ao direito, com a consequência de que o comportamento contrário ao direito resulta no

fracasso político. Por outro lado, a Constituição permite que o sistema político, por meio da promulgação das leis, modifique o direito.

Esse papel do Poder Judiciário na seara política, portanto, ampara-se na força normativa da Constituição e na supremacia de sua posição no ordenamento jurídico.

É de bom alvitre ressaltar que o Texto Fundamental passa a ter *status* de norma jurídica obrigatória a partir de meados do Sec. XX. Antes desse período, mais precisamente no Séc. XIX, o documento que continha as normas constitucionais assumia o viés unicamente político, cujo cumprimento era uma recomendação, não vinculando a liberdade de conformação do legislador nem a atuação do administrador.

A força normativa da Constituição, além de servir como paradigma e conferir legitimidade para que o Poder Judiciário retire do ordenamento jurídico espécies normativas (atos políticos) que colidam com os seus valores e procedimentos, termina por também irradiar diretamente os seus ditames sobre a esfera jurídica dos membros da sociedade, o que, por óbvio, inclui a sua relação com o Estado e a obtenção de direitos prestacionais.

Dirley da Cunha Júnior assevera a legitimidade da atuação criativa e proativa do Poder Judiciário em prol da concretização dos direitos sociais via controle de políticas públicas, cotejando-a com o controle de constitucionalidade que o Poder Judiciário faz ao retirar do mundo jurídico normas aprovadas pelos representantes eleitos pelo povo. É dele a seguinte passagem (2008, p. 346):

Isso significa que, se em razão da supremacia da Constituição, ninguém mais se surpreende com a constatação de que cumpre ao Poder Judiciário declarar a nulidade de atos legislativos contrários ao Texto Fundamental, pelas mesmas razões, e até *a fortiori*, ninguém pode sobressaltar-se com a possibilidade de o juiz afastar a inconstitucionalidade quando as omissões conduzam ao mesmo resultado, de tal sorte que hoje é inevitável, diante da transformação paradigmática do Estado e do Direito, poder valer-se o juiz de recursos técnico-jurídicos de interpretação constitucional, seja para anular uma norma (no controle de constitucionalidade por ação), seja para integrá-la ou supri-la (no controle da inconstitucionalidade por omissão). Ora, se a lei inconstitucional deve ser anulada e privada de eficácia, igualmente deve-se desarraigar as omissões inconstitucionais, máxime quando, por força de um dever jurídico plasmado na Constituição, não existe liberdade de não normação por parte do poder público, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental constitucionalmente consagrado.

Utilizando-se de linguagem própria das ciências exatas, é possível afirmar que o controle judicial de políticas públicas significa dizer que o controle de constitucionalidade é

realizado com “sinal trocado”. Ambos inserem-se no conceito de Jurisdição Constitucional, que verte seus efeitos sobre o desempenho político do Estado, homenageando-se a Força Normativa e a Supremacia da Constituição.

Mas uma constatação é certa: a atuação política de retirar normas jurídicas inconstitucionais do ordenamento, a despeito de ser uma atividade de natureza político-jurídica, encontra questionamentos menos veementes no regime democrático. O seu desempenho no Brasil chama a atenção inclusive da doutrina alienígena, como nos informa Maria Tereza Sadek (2011, p. 17/18):

Quanto à face mais propriamente política do Judiciário, estudo comparativo internacional atesta os reflexos dos traços virtuais na realidade, apontando que, de fato, a atuação do Judiciário brasileiro tem sido bastante relevante. Após comparar o desempenho das Cortes brasileira e mexicana, conclui Taylor: no período de tempo que vai de 1988, quando da aprovação da nova Constituição, até o ano de 2002, o STF, do Brasil – somente por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade – “concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais. Em confronto, entre os anos de 1994 e 2002, a Suprema Corte mexicana julgou a constitucionalidade de um pouco mais de 600 leis usando dois instrumentos parecidos com a ADIN, mas invalidou somente 21 leis federais. A Suprema Corte norte-americana, por sua vez, em toda a sua história, invalidou em torno de 135 leis federais apenas.

Ora, a sociedade moderna e as exigências de uma Constituição Federal cada vez mais efetiva não se satisfazem somente com esta atuação do Judiciário enquanto legislador negativo. É preciso que se lhe reconheça também a competência para, de forma criativa, fazer nascer o Direito, quando os Poderes com atribuição constitucional originária para tanto omitem-se.

A atuação política do Poder Judiciário ao retirar do ordenamento jurídico uma norma inconstitucional é, em essência, a que também fundamenta a decisão de dar cumprimento aos ditames da Constituição, efetivando-se direitos fundamentais e superando-se omissões inconstitucionais.

A atuação política do Poder Judiciário é, portanto, algo presente no controle de constitucionalidade de espécies normativas editadas (ato comissivo dos Poderes Legislativo e Executivo). Todos os órgãos que possuem jurisdição podem retirar do ordenamento jurídico uma espécie normativa inconstitucional, a despeito de ter sido devidamente aprovada pelos representantes do povo, segundo os ditames do regular processo legislativo.

O mesmo se diga em relação às omissões inconstitucionais. Para demonstrar que o intento do Poder Constituinte Originário é o de implementar as normas que institui, o Texto Magno atribui ao Poder Judiciário instrumentos de superação de omissões por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, prevendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, que visam preencher, do ponto de vista das normas abstratas, a exigência constitucional de regulamentação de suas normas.

Ressalte-se, ainda, a legitimar a atuação criativa do Poder Judiciário, que diversas normas constantes do texto constitucional são expressas sob a modalidade de conceitos jurídicos indeterminados, cuja finalidade leva em consideração tanto o fato de ser impossível o Legislador prever todas as situações passíveis de serem normatizadas, como da necessidade de que a Constituição possa ter seu espírito sempre atualizado frente às exigências dos novos tempos após a sua promulgação.

O escólio de Jorge Hage apresenta estes e outros fatores que influenciam a necessidade de se construir um Judiciário que perceba também o seu papel político enquanto consagrador da vontade constitucional, mais especificamente no que pertine à concretização dos direitos fundamentais (1999, p. 102/103):

(...) porque é impossível ao Legislador legislar sobre tudo aquilo que a sociedade atual coloca como problema, na vertiginosa velocidade que é sua principal característica. Em outra parte, porque a inevitável complexidade crescente das próprias leis acarretará cada vez maiores problemas na interpretação. Em uma terceira dimensão, porque essa mesma complexidade, combinada com o necessário apelo às soluções de compromisso, advindas do pluralismo político da sociedade atual (onde é cada vez mais difícil um amplo e universal consenso), conduz, também, a uma crescente adoção de conceitos jurídicos vagos e indeterminados, a convocar, mais uma vez, o julgador, a exercitar uma “interpretação criativa”. E, por último, porque o acelerado processo de globalização e de enfraquecimento do Estado nacional aponta, inequivocamente, na direção de um pluralismo jurídico, em que o Direito estatal, vale dizer, a Lei, não haverá de ser mais do que uma entre as diversas espécies normativas a serem consideradas.

3.2.3 A legitimidade da atuação dos Membros do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

A despeito da previsão constitucional do múnus desempenhado pelo Poder Judiciário como controlador de políticas públicas, muitas vezes ainda resistem em aceitar esse

tipo de atuação do Poder Judiciário na criação do Direito, afirmando que o magistrado não dispõe de legitimidade para exercer o ativismo judicial voltado para suplementar os ditames da Constituição Federal em face da omissão dos demais Poderes.

Os defensores dessa tese argumentam que, por não terem sido eleitos pelo povo⁵⁷, a atitude criativa dos Magistrados no exercício da jurisdição colidiria com o princípio democrático previsto no parágrafo único do art. 1º da Carta Magna⁵⁸. Manoel Gonçalves Ferreira Filho professa (2009, p. 65/66):

Ora, a legitimidade democrática do representante exige sua eleição, em pleito livre e honesto (ainda não se descobriu meio melhor, desde que se abandonou o sorteio, típico da democracia antiga, mas aleatório demais para os critérios modernos). Não tem essa legitimidade quem não houver sido eleito.

Sábio é o art. 1º, parágrafo único da Constituição brasileira: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição” (sublinhei).

(...);

A consagração do papel político do Supremo Tribunal Federal, ou, indo mais longe, do Judiciário, em face do que se apontou, importa em alterar a forma de governo. Instaura, para usar a fórmula dos antigos, um “governo misto”, combinando democracia por meio do Legislativo e do Executivo e aristocracia por meio do Judiciário.

Trata-se do que Ronald Dworkin denominou de argumento da democracia, extraído de sua obra *Levando os Direitos a Sério* (2002, p. 133/134):

A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis por ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o

⁵⁷ Essa visão de restringir o reconhecimento da legitimidade apenas para os Agentes Políticos escolhidos via sufrágio universal assume uma conotação formal, que desprestigia a aferição do conteúdo da atuação desses protagonistas do sistema democrático. Muito pertinente é a ponderação crítica de autoria de Pedro Rui da Fontoura Porto (2006, p. 232): “Com efeito, contemporaneamente, a legitimidade política não é exclusividade dos eleitos nem tampouco se pode afirmar que decorra ela imediatamente da vitória nas urnas, porquanto a legitimidade do político verificar-se-á, em verdade, não no momento de anúncio dos resultados eleitorais, mas sim no seu efetivo engajamento com as causas sociais que promovera defender e que o alçaram ao triunfo eleitoral. Mostrando-se infiel ao seu programa, não há como se afirmar sua legitimidade pelo só fato de haver sido “ungido pelo voto popular”, donde decorre ser correto sustentar que a legitimidade dos eleitos não advém do voto em si, mas da medida em que cada um deles se torna digno do sufrágio recebido, pela efetiva militância que anunciara em campanha”.

⁵⁸ Art. 1º. (...); Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis.

(...);

Portanto, as decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Pode ser que o sistema político da democracia representativa funcione com indiferença nesse aspecto, mas funciona melhor que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiências.

Eduardo Appio sustenta que admitir-se que membros do Poder Judiciário intervenham em políticas públicas levaria a uma supervalorização do Poder, tornando-o superior no arcabouço político da Democracia brasileira. Diz ele (2012, p. 156):

Este postulado implicaria em grave ofensa à democracia, pois a imposição coercitiva de políticas públicas pelo Poder Judiciário significaria uma verdadeira *aristocracia judiciária*, incompatível com o sistema representativo (CF/88, art. 1º, parágrafo único). Esta postura conduz a uma erosão de valores precípuos de cada um dos Poderes da República e a uma sobrecarga no *policy making* do país. A tensão institucional e a assim chamada “crise de governabilidade” são as consequências mais visíveis desta “desdiferenciação” de papéis.

Os refratários à intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas prosseguem afirmando que o Poder Judiciário não está apto a enfrentar demandas dessa espécie, uma vez que seus quadros não são compostos por técnicos especializados nas diversas áreas que possuem pertinência com a formulação de um serviço público que tem por meta implementar um determinado direito fundamental.

Para refutar essa objeção e demonstrar que a Jurisdição Constitucional existe, entre outras razões, para fortalecer os ideais democráticos, é preciso destacar que a essência desse específico regime de governo não está na representação popular, mas sim na soberania popular⁵⁹.

A representação dessa soberania titularizada pelo povo se impôs por uma questão de ordem pragmática, visto que a enorme quantidade de membros da sociedade dificultaria a

⁵⁹ O fato de os Membros do Poder Judiciário não terem sido escolhidos através do voto popular não pode levar a uma “condenação” no sentido de que sua atuação deve-se reputar ilegítima na Democracia brasileira. Pedro Rui da Fontoura Porto, amparando-se nas lições de Mauro Cappelletti, lembra (2006, p. 234): “O Poder Judiciário não é totalmente desprovido de representatividade, posto que os Ministros das Cortes Supremas, entre nós, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, são escolhidos pelo Presidente da República e aprovados pela maioria absoluta do Senado da República (art. 101, parágrafo único, da CF/88); da mesma forma que os membros do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único, da CF/88).

tomada de decisão direta acerca dos assuntos complexos enfrentados pelo Estado. Apregoa Morton Luiz Faria de Medeiros (2005, p. 340):

Juntamente com a necessidade de inserção dos mais variados setores da sociedade na definição do “povo” que se governa a partir do ideal democrático, foi incrementada sobremaneira a complexidade dos Estados, cada vez mais extensos, populosos e organizacionalmente intrincados, fazendo com que a democracia direta cedesse espaço para a democracia representativa, alicerçada na idéia da “divisão das potências” proposta por Montesquieu e na de limitação das prerrogativas dos governantes, sem descurar do ideal de o poder político pertencer ao povo.

A atuação do povo numa democracia não se limita a apenas eleger os seus representantes. Outros instrumentos existem para permitir a condução do Estado pela participação direta da sociedade, a exemplo do plebiscito, do *referendum*, da ação popular, da iniciativa popular de projetos de lei, a exigência de concretização dos direitos fundamentais etc.

Ao controlar a política pública que efetiva direitos fundamentais prestacionais, a legitimidade democrática do Poder Judiciário termina sendo confirmada, pois como leciona Friedrich Müller “(...) só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, se praticam e são respeitados os direitos fundamentais individuais, e por igual [*nicht zuletzt*], também os direitos fundamentais políticos” (2003, p. 63).

Povo ativo significa povo com consciência de cidadania não só política, mas também social. A despeito de possuir diferenças inconciliáveis de valores e objetivos em seu seio, este povo é quem legitima toda forma de efetivação dos direitos fundamentais, visto que eles não se tratam de favores públicos quando são previstos, mas ao contrário, eles representam bens jurídicos fruíveis que vinculam os ocupantes dos cargos públicos. São ainda palavras de Müller (2003, p. 63):

Direitos fundamentais não são “valores”, privilégios, “exceções”, do poder de Estado ou “lacunas” nesse mesmo poder, como o pensamento que se submete alegremente à autoridade governamental [*obligkeitsfreudiges Denken*] ainda teima em afirmar. Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, i. e., dos cidadãos, a uma participação ativa [*aktive Ermächtigung*]. No que lhes diz respeito, fundamentam juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático.

Uma democracia também se consolida a partir da realização efetiva dos direitos fundamentais. Todos os Poderes, ao agirem na perseguição dessa meta, atuam revestidos de legitimidade. Merece ser realçado o esclarecimento feito por Ana Paula de Barcellos ao afirmar que “Democracia não é sinônimo de regra majoritária e a história é pródiga em exemplos de maiorias totalitárias, sendo os dois mais recentes e famosos a Assembleia Jacobina do período do terror na Revolução Francesa e as maiorias nazistas e fascistas” (2011, p. 266). Diz ainda a eminente professora (2011, p. 269/270):

Ou seja: a regra da maioria, embora essencial para o exercício da democracia, não se confunde com esta e nem pode ser tomada em termos absolutos, admitindo-se, para manutenção da própria democracia, algumas restrições fundamentais à sua aplicação.

(...);

Em suma, esses dois subsistemas constitucionais – a separação de poderes e o princípio majoritário – não justificam a divulgada impossibilidade de atribuir-se qualquer eficácia positiva ou simétrica aos enunciados normativos pertinentes à dignidade em seu aspecto material, de modo que é possível reconhecer ao Judiciário a legitimidade de sindicarem algum efeito mediante provocação dos interessados.

Foi a autoridade da soberania popular quem legou uma Constituição que insere o Judiciário como uma de suas formas de expressão, ao lado dos Poderes Legislativo e Executivo.

Logo, esse terceiro Poder, seguindo os ditames da Carta Magna, está legitimado à luz da democracia instaurada pelo Poder Constituinte Originário, podendo o seu múnus ser exercido de forma ativa em relação às questões políticas, observando-se, indeclinavelmente, os limites impostos pela Carta Magna. Sua atuação, conforme já exposto, se dará de forma supletiva, isto é, quando o Legislativo e o Executivo atuam em desconformidade com os ditames constitucionais, seja por excesso, seja por ineficiência.

Destacando a contribuição que o Poder Judiciário proporciona à consolidação da democracia ao exercer a jurisdição constitucional, leciona Nagibe de Melo Jorge Neto (2008, p. 78):

A jurisdição constitucional é um importante instrumento que possibilita, de um lado, a participação direta do cidadão no processo de interpretação e efetivação das normas constitucionais, no que nos interessa mais de perto, no processo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais. De outro lado, desempenha importante papel como instância de limitação dos poderes conferidos aos representantes do povo. Essa limitação se opera por meio do Judiciário, mas é levada a efeito pelo próprio povo. Em primeiro lugar, como corolário do princípio da inércia da jurisdição. Nenhum juiz atua sem ser

demandado. Assim, quando o juiz atua, é o próprio povo quem, por meio dele, o faz. Em segundo lugar, porque o juiz é também um representante do povo. Muito embora, entre nós, os membros do Poder Judiciário não sejam eleitos pelo povo, não há dúvidas de que o poder que exercem emana do povo e em seu nome deve ser exercido.

A legitimidade constitucional do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais também encontra sustentáculo no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cláusula pétrea que alberga o princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecendo que nem a lei (manifestação política criada por Representantes do povo) excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A cláusula de acesso à jurisdição é aberta, o que demonstra a multifária possibilidade de discussões judiciais, o que inclui o controle judicial de políticas públicas omissas ou ineficientes. A viabilidade desse controle traz melhorias para a vida de um número indeterminado de pessoas.

Acrescente-se ainda a previsão constitucional de diversos remédios jurídicos que possibilitam ao cidadão (povo), ou a Instituições que representam os seus interesses (Ministério Público, Defensoria Pública, entidades da Administração Direta), a efetivação de controle de políticas voltadas para a efetivação de direitos fundamentais, a exemplo da Ação Civil Pública (CF, art. 129, III e Lei nº 7.347/85), do Mandado de Segurança Coletivo (CF, art. 5º, LXX), da Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII e Lei nº 4.717/65).

Essa variada rede de Instituições e demandas permite, muito mais do que nas atividades dos Poderes Legislativo e Executivo, a intervenção de diversos grupos no controle da atuação estatal, incrementando a legitimidade da atuação jurisdicional. Neste cenário, citando especificamente o Direito à saúde, Ana Carolina Olsen aborda o tema (2012, p. 285):

Se, o Estado não cumpre com as obrigações constitucionalmente elaboradas para o atendimento da população, muitas vezes somente através do Judiciário estas necessidades poderão ser supridas, já que os grupos marginalizados, e às vezes até cidadãos individualmente considerados, não têm força política suficiente para influenciar no jogo democrático. É o que se verificou, a título de exemplo, nas decisões judiciais proferidas em sede de Ação Civil Pública, intentada pelo Ministério Público para a construção de leitos em UTI, bem como nas ações propostas com a finalidade de garantir o fornecimento de medicamentos necessários à salvaguarda da vida humana.

No exercício do controle judicial de política pública, o Poder Judiciário tem também o ônus de demonstrar os fundamentos que amparam o juízo de convicção formado,

tratando-se de uma manifestação típica de uma atuação democrática (CF, art. 93, IX). Isto porque, através do princípio da publicidade e da transparência, o *decisum* é colocado sob o crivo do controle popular, que poderá impugná-lo na forma dos procedimentos legais delineados pela Lei Processual.

A exigência de que se apresente, de forma racional e transparente, o concatenamento da motivação que leva a um determinado julgamento, não passou despercebida por Mauro Cappelletti, que inclusive faz um comparativo com um dos Poderes que, de forma uníssona, é considerado como expressão por excelência da Democracia, isto é o Legislativo. Ele assevera (1999, p. 98):

Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões de suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. Essa praxe bem se pode considerar como um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões, embora na verdade ultrapasse frequentemente sua finalidade, por ter a pretensão de apresentar as decisões judiciais como fruto de mera lógica, como puras “declarações” do direito. De qualquer modo, mantém o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis “ao sentimento de equidade e justiça da comunidade”. Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público”

O processo judicial é, portanto, elemento permeado pelos valores democráticos. O acesso do cidadão à Jurisdição, atuando em um procedimento contraditório que irá construir o provimento jurisdicional, é mais facilitado do que a sua participação no processo político de criação de normas jurídicas (basta verificar os exigentes requisitos constitucionais, por exemplo, para a iniciativa popular de processo legislativo e para a convocação de um *referendum* ou plebiscito)⁶⁰.

⁶⁰ Mauro Cappelletti traz pertinente citação de Martin Shapiro, jurista americano, em sua obra (1999, p. 99): “São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes “políticos”, que a Corte pode melhor servir (...). Enquanto, efetivamente, são essencialmente políticos os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os procedimentos da Corte, pelo contrário, são judiciários. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (“adversary”) entre as duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável da Corte do que de

Essa democratização do processo é ainda incrementada com a previsão de instrumentos jurídicos que sobrelevam a representatividade do povo na Jurisdição Constitucional, a exemplo do *amicus curiae* e das audiências públicas com ampla participação da sociedade.

O Judiciário, portanto, ao controlar políticas públicas, tem uma atuação que se alinha ao princípio democrático. Além de todos os argumentos apresentados, que denotam o equívoco em se negar a legitimidade democrática do ativismo judicial (sempre balizado, conforme afirmado, pelos preceitos normativos), é preciso também fazer, por outro lado, uma reflexão sobre o papel desempenhado pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Seria a atuação desses Poderes completamente satisfatória sob a égide dos valores insertos na Constituição Federal, a ponto de a sociedade se ver plenamente representada nos eleitos? Encerra-se esse tópico aqui, com a percuciente lição sintetizada na obra de Nagibe Jorge Neto (2008, p. 87):

O que se dá é que, embora formalmente os representantes eleitos devam representar os interesses gerais da nação, na verdade, representam os interesses de alguns grupos que possuem invejável força econômica, deixando em segundo plano, até mesmo, os programas dos partidos políticos a que são filiados. Normalmente, a representação desses interesses está, de algum modo, ligada ao financiamento das campanhas eleitorais.

3.3 Reserva do Possível

Quando se analisa o assunto pertinente à Teoria da Reserva do Possível, o pensamento mais apressado geralmente traz uma visão restrita, que precisa ser alargada para o devido conhecimento dos seus reais contornos.

Diz-se isso porque, quando se fala na Reserva do Possível, o tema sempre traz à lume a questão atinente à efetivação dos custos necessários à implementação dos direitos fundamentais, fazendo parecer que nela se esgota.

Um dos objetivos deste tópico é demonstrar que a teoria aludida não se limita apenas aos aspectos econômicos ligados à efetivação dos direitos. Existem ainda outros dois

organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena”.

componentes, os quais estão vinculados à perspectiva jurídica e à proporcionalidade, que também se inserem na análise da Reserva do Possível.

Pretende-se, também, verificar a aplicação atual da Reserva do Possível no que diz respeito às pretensões voltadas para a realização de um dos direitos sociais mais importantes assegurados pela Carta Magna: os Direitos à Saúde.

Mas antes de ir em busca do cumprimento das metas deste estudo, urge ser feita uma observação: como a Reserva do Possível é sempre associada à efetividade dos direitos prestacionais requeridos em face do Poder Público, existe a tendência de se imaginar que só essa espécie de direitos gera custos para o Estado. Trata-se de um equívoco.

Essa visão não se coaduna com a realidade econômica dos direitos fundamentais. Também os direitos que exigem uma abstenção do Estado (liberdades negativas), reunidos sob a denominação de “Direitos de Liberdade”, implicam em custos para o Erário.

É fato, todavia, que a efetividade dos direitos fundamentais de defesa, por exigir um não agir por parte do destinatário da norma, termina levando à efetivação de custos econômicos de forma diversa da dos direitos fundamentais positivos. Diferentemente destes, os direitos de abstenção não geram custos de forma distributiva, mas são eles pulverizados em favor de toda a sociedade (*uti universi*)⁶¹.

José Reinaldo de Lima Lopes com muita propriedade assevera (2010, p. 157 e 158):

Uma tese que se pode defender é a de que todos os direitos têm custos. Tanto os direitos civis, direitos de liberdade, quanto os direitos sociais, alguns deles chamados direitos de prestações positivas, têm custos. E isto é verdade, se bem seja necessário fazer alguma distinção.

A liberdade exige, para ser gozada universalmente por todos, um aparelho ou uma autoridade mantida com recurso de todos. A manutenção da autoridade é um custo social e um custo distribuído segundo critérios definidos nos grandes arranjos políticos e tributários de qualquer sociedade. Quem precisa de defesa de seus direitos de liberdade ou mesmo de seus direitos patrimoniais tradicionais, gasta recursos públicos que serviram ao pagamento e manutenção da infraestrutura estatal. Mas não há necessária relação entre o custo de um processo judicial em particular e o benefício que o interessado obtém desse processo.

(...);

⁶¹ A realização dos direitos de abstenção gera custos, já que o Estado, para se desincumbir de seu mister constitucional, precisa dotar-se de estrutura material e de pessoal voltados para preservá-lo. Exemplo disso é todo o aparato policial e judicial, cujos custos são arcados pelo Estado, a fim de preservar a vida, a incolumidade física e a propriedade dos cidadãos.

Mas tudo isto, que sem dúvida alguma significa custo, é diferente do custo dos direitos ditos sociais, que variam conforme a necessidade de cada indivíduo.

Vamos a um exemplo: a eficácia imediata da liberdade de expressão e de reunião exige dos Poderes Públicos uma atitude negativa, isto é, o Estado deve abster-se para preservar esses direitos de magnitude fundamental.

Assim se portando, o direito às manifestações e protestos desencadeados em via pública torna-se efetivo. O Estado, ao não agir, cumpre o seu papel na realização dos direitos fundamentais previstos no art. 5º, incisos IX e XVI, da Constituição Federal.

Os direitos de defesa fluem diretamente do texto constitucional, sendo desnecessária a intervenção do legislador para conferir-lhes efetividade. A favor da eficácia jurídica e social desses direitos, afora a questão prática (que exige mera abstenção), existe ainda o art. 5º, §1º, da Constituição Federal a lhe conferir sustentáculo.

Se terceiros inviabilizarem esses direitos assinalados no exemplo, o Estado poderá ser chamado a agir com vistas a assegurá-los. Aqui, ainda que haja custos, estes são alcançados pelo planejamento orçamentário-financeiro anual prévio que garante a sua realização prática no ano seguinte.

Na doutrina internacional também se reconhece que os direitos a abstenções e a prestações pressupõem a assunção de custos. Henry Shue, professor da Universidade de Princeton, na obra denominada *Basic Rights: subsistence, affluence and US foreign policy*, apregoa (1996, p. 37/38):

In the case of rights to physical security, it may be possible to avoid violating someone's rights to physical security yourself by merely refraining from acting in any of the ways that would constitute violations. But it is impossible to protect anyone's rights to physical security without taking, or making payments toward the taking of, a wide range of positive actions. For example, at the very least the protection of rights to physical security necessitates police forces; criminal courts; penitentiaries; schools for training police, lawyers, and guards; and taxes to support an enormous system for the prevention, detection, and punishment of violations of personal security⁶².

⁶² Em tradução livre: No caso dos direitos à integridade física, é possível evitar a sua violação apenas abstendo-se de atuar em qualquer das formas que constituem violações. Mas, para proteger a integridade física das pessoas, é impossível fazê-lo sem ter que arcar com os custos necessários para uma ampla gama de ações positivas. Por exemplo, no mínimo, a proteção dos direitos à integridade física necessita de forças policiais; tribunais penais; penitenciárias; escolas para treinamento de policiais, advogados e guardas, e impostos para sustentar um sistema enorme visando a prevenção, detecção e punição de violações de segurança pessoal.

Já os direitos sociais, por sua vez, exigem providências por parte do Estado voltadas para a concretização da Justiça Social, demandando a realização de prestações jurídicas ou fáticas. Os custos para a sua efetivação são mais evidente, de caráter distributivo, pois o Estado concede um bem oneroso ao cidadão.

Dentro do tema envolvendo os custos dos direitos, Virgílio Afonso da Silva, cotejando o direito à saúde (prestacional) com os direitos políticos (abstenção), destaca que a diferença entre eles encontra-se no plano jurídico-empírico, pois ambos tornam imprescindível o fazer frente a despesas, já que suas efetivações demandam prestações fáticas e jurídicas. São seus os seguintes dizeres (2010, p. 233):

Quais são as condições necessárias para que a norma expressa pelo art. 14 produza os efeitos desejados? Poder-se-iam mencionar, por exemplo, a criação e a manutenção de seções eleitorais e de juntas de apuração, a organização e manutenção de um órgão responsável pela organização e o bom funcionamento das eleições (no caso brasileiro, o TSE), a elaboração de uma legislação eleitoral e partidária que impeça fraudes ou um sistema não-competitivo de partidos, a criação e a manutenção de alguma forma de financiamento partidário – dentre outras. Sem tudo isso, o mero texto constitucional é despido de qualquer possibilidade de produzir efeitos. E quais são as condições necessárias para que a norma expressa no art. 6º (direito à saúde) produza os efeitos desejados? Poder-se-iam mencionar, entre outras, a construção de hospitais e a contratação de médicos para o serviço público de saúde, a elaboração de uma legislação que discipline a forma de financiamento e de utilização desse serviço público e a definição de prioridades no combate a doenças.

Mas o certo é que o tema da Reserva do Possível é sempre abordado quando se está discutindo a realização dos direitos prestacionais de ordem social. Passa-se então à apreciação de seus contornos e como a sua teoria deve ser aplicada quando se está diante da efetivação dos direitos relacionados com a saúde terapêutica em prol da preservação da vida.

3.3.1 Reserva do Possível e Mínimo Existencial

A origem da teoria da Reserva do Possível remete ao Direito germânico. Foi na Alemanha que se inaugurou o acolhimento da tese de limitar a concretização de direitos fundamentais prestacionais a partir da constatação da escassez de recursos, aliando-a, ainda, ao aspecto da proporcionalidade da pretensão buscada em Juízo.

Isso ocorreu em caso envolvendo o direito à educação prestado pelo Poder Público, mais especificamente em relação ao acesso ao ensino superior (*numerus clausus*).

Fabiana Okchstein Kelbert (2011) informa que o Tribunal Constitucional Federal alemão, acolhendo a *Vorbehalt des Möglichen* (“Reserva do Possível”), estabeleceu que a efetivação dos direitos sociais fica limitado àquilo que, de forma razoável, possa ser exigido da sociedade e do Estado.

Portanto, o primeiro esclarecimento que deve ser feito é o fato de que a problemática envolvendo a escassez de recursos financeiros não é o único componente da Teoria da Reserva do Possível. Além dele, também deve ser verificada a existência da disponibilidade jurídica e a razoabilidade da pretensão.

Outro ponto a merecer uma reflexão diz respeito ao entendimento da Reserva do Possível como elemento interno ou externo dos direitos fundamentais.

A vertente que considera a Reserva do Possível como elemento interno reputa-o como característica do direito fundamental. Em outras palavras, reconhece que a Reserva do Possível estaria inserida no âmbito normativo do direito fundamental. Uma vez constatada a escassez de recursos, de modo a impossibilitar a realização de um dado direito, a conclusão a que se chega é de que o direito fundamental não existe no caso concreto. Ana Carolina Lopes Olsen traz elucidativo exemplo (2012, p. 189):

Se a previsão orçamentária permite o gasto tão-somente do valor “x” para com a implementação de políticas públicas destinadas à satisfação deste direito, tais como a construção e o aparelhamento de hospitais, o investimento na pesquisa de remédios, a compra de medicamentos importados e a compra de medicamentos para abastecimento dos postos de saúde, não existiria direito à saúde para além destes limites previamente estabelecidos. Afirmar que existe o direito à saúde quando este corresponderia a um tratamento de uma doença especializada, cujas despesas para o Estado não estariam previstas no orçamento, seria afirmar o impossível, afirmar algo que o titular do direito não logrará exigir, pois o Estado não tem condições de cumprir. Poder-se-ia interpretar que para além dos recursos destinados à saúde, não há direito subjetivo, não há que se falar em obrigação do Estado.

Este entendimento da Reserva do Possível como elemento imanente dos direitos fundamentais foi assumido por Cass Sustein e Stephen Holmes, na obra intitulada *The Cost of Rights*, como nos informa Flávio Galdino (2005).

A crítica que se faz a esse pensamento reside no fortalecimento da vontade política e no enfraquecimento da normatividade do Direito, ou seja, considerando que a escassez de recursos é fato inconteste, o que leva os Poderes Políticos a tomarem decisões

quanto à alocação de recurso na condução das políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais, conclui-se que eles ficam à mercê da vontade dos governantes, fragilizando a proteção normativa.

Sim, porque se só existirá o direito fundamental se houver o cumprimento de todos os seus elementos internos (incluindo a existência dos recursos necessários), as decisões de onde empregar ou não os limitados recursos condicionarão a existência dos direitos fundamentais. Em suma, a vontade política dirá a extensão da normatividade, o que dificulta até mesmo o controle de legitimidade dessas decisões.

Amparando-se em Doutrina estrangeira, Ana Carolina Lopes Olsen afirma que é artificial a escassez de recursos para implementar um direito fundamental social, posto que a carência numa determinada área é fruto da priorização de um outro campo de direitos fundamentais. Mais uma vez levando em conta os direitos à saúde, ela assevera (2012, p. 192):

Não se pode afirmar que o direito fundamental já nasce com a limitação da reserva do possível de modo que, por exemplo, fornecer remédios para o tratamento de gripe é possível, enquanto fornecer remédios para o tratamento de hepatite “B” não é possível. A escassez dos recursos econômicos destinados à realização destes direitos não é natural, essencial, mas artificial, fruto da escolha realizada pelos poderes públicos. A prova desta artificialidade está no fato de que quando decisões judiciais determinam o fornecimento de certo medicamento, o Estado acaba por se organizar para promover uma dotação orçamentária capaz de suprir esta necessidade; e este remédio passa a ingressar na lista daqueles a serem obrigatoriamente fornecidos de forma gratuita a toda população.

Como segunda corrente doutrinária, aqui acolhida neste estudo, entende-se que a Reserva do Possível apresenta-se como uma limitação externa à concretização dos direitos fundamentais prestacionais.

Trata-se de um dado da realidade (não de uma condição imanente ao direito), já que a eficácia do direito social, e não sua existência, dependerá da existência de disponibilidade fática (recursos financeiros) e jurídica (previsão orçamentária), pressupondo, ainda, a análise da razoabilidade da exigência apresentada.

A Reserva do Possível como elemento externo a restringir o direito fundamental social se adequa ao pensamento que considera os direitos fundamentais como princípios, ou

seja, como mandamentos *prima facie* (Alexy), que existem para ter um grau ótimo de eficácia, porém essa qualidade eficaz é condicionada pelas condições fáticas e jurídicas existentes.

A Reserva do Possível como elemento externo de restrição aos direitos fundamentais exige que as decisões que alocam recursos sejam devidamente ponderadas e fundamentadas pelos Poderes Políticos. Além disso, essa ponderação pode ter sua juridicidade controlada Pelo Poder Judiciário, que terá como referência a força normativa da Constituição.

Por exemplo, ao se tratar dos Direitos à Saúde, quando uma prestação requerida em face do Poder Público tiver sua eficiência devidamente comprovada em prol do resguardo da vida do indivíduo, a tendência dos Tribunais Superiores (que se irradia para todas as esferas da jurisdição) é de apreciar a Teoria da Reserva do Possível *cum grano salis*, sob pena de se colocar em risco a garantia constitucional implícita do mínimo existencial.

Este enfoque dos direitos fundamentais em cotejo com o mínimo existencial apresenta uma situação peculiar para o intérprete e aplicador do Direito, quando ele se encontra diante de um direito à prestação de saúde que se revela indispensável para a preservação da vida.

O mínimo existencial é uma construção jurídica que reconhece, como exigência do direito à vida e da vivência com dignidade, a efetiva garantia de direitos fundamentais mínimos. São garantidas, portanto, pelo Texto Constitucional, condições básicas materiais para que os indivíduos possam sobreviver.

O berço do mínimo existencial também ocorreu na Alemanha, na década de 1950, por meio de decisões do Tribunal Federal Administrativo. Conforme se infere do Acórdão nº 509/2002, prolatado pelo Tribunal Constitucional de Portugal, a Corte Constitucional alemã, em 1975, decidiu:

A comunidade estatal deve garantir-lhes, em qualquer caso, os pressupostos mínimos para uma existência humanamente digna e, além disso, esforçar-se pela sua integração na sociedade tanto quanto possível [...].

Ainda nesse acórdão prolatado pela Corte Constitucional portuguesa, encontram-se substanciosos excertos doutrinários de estudiosos alemães acerca do mínimo existencial, que merecem ser aqui transcritos⁶³:

⁶³ Diário da República Eletrônico de Portugal. Disponível em <http://dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=dr&cap=1-1200&doc>. Acesso em 16 de junho de 2013.

(...);

E Wolfgang Däubler (*La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Allemagne*, in *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelas, 2000, pág. 68, assinala, no que se reporta ao direito à existência:

O texto da Lei fundamental não prevê expressamente uma obrigação para o Estado de conceder um mínimo de bens para assegurar a subsistência das pessoas que se encontram em território nacional.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional, no entanto, deduziu do art. 1º da Lei Fundamental, que garante a dignidade do homem, um direito subjectivo aos meios necessários à existência do indivíduo. Num acórdão de 18 de Junho de 1975, o Tribunal decidiu que a assistência social faz parte das obrigações de um Estado Social «que decorrem do próprio conceito»; e que deve ser garantida uma existência «digna». Dada a diversidade dos meios possíveis para atingir esse fim, é o legislador que decide quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio, se não se tratar do «mínimo indispensável». Esse mínimo é pois obrigatório e poderia, eventualmente ser invocado perante a jurisdição administrativa.

(...);

Também Gerrit Manssen (*Grundrechte*, C. H. Beck, Munique, 2000, nº 181, pág. 52) escreve:

Em parte também se deduzem da dignidade humana pretensões a prestações efectivas. Em conexão com o princípio do Estado social pode-se daí deduzir que o Estado está obrigado a garantir o mínimo de existência da pessoa.

A dificuldade de se definir o que está inserido no âmbito do mínimo existencial é algo que ainda não foi superado. A tarefa, entretanto, fica mais facilitada se a questão do mínimo existencial for aferida no caso concreto, analisando-se a peculiaridade do objeto da pretensão exposta e das condições apresentadas pelo requerente.

Sobre a temática, relacionando a questão do mínimo existencial com o direito à saúde, exemplifica Daniel Sarmiento (2008, p. 561):

Entendo que a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada in abstracto, ignorando a condição específica do titular do direito. Um exemplo: o fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha os meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna. Trata-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é

vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as conseqüências para ele da omissão estatal impugnada.

Por isso, não concordo com a argumentação aduzida em algumas decisões judiciais em matéria de saúde, no sentido de que, tendo em vista a universalidade deste direito, seria irrelevante analisar se o autor da ação possui ou não os recursos necessários à aquisição da prestação demandada do Estado. Este dado me parece fundamental, pois, num caso, o sacrifício eventualmente imposto pela denegação da pretensão repercute tão-somente sobre o patrimônio do paciente, enquanto no outro pode estar em jogo a sua própria vida. Temo que este tipo de raciocínio, num contexto de acesso não igualitário à Justiça, possa legitimar um uso enviesado dos direitos sociais que, de instrumentos de emancipação em favor dos mais fracos, acabem se transformando em artifícios retóricos manejados pelas classes favorecidas.

Constatado que um direito prestacional se insere no âmbito do mínimo existencial, o Estado, que é regido de forma vinculada pela Constituição Federal, deve assegurá-lo, não valendo a incidência, pelo menos no tocante às dimensões fáticas e jurídicas, da Teoria da Reserva do Possível.

Em outros termos, se a Constituição Federal determina, em homenagem à vida e à dignidade da pessoa humana, a garantia do mínimo existencial; e se um determinado direito fundamental assegura a vida e a dignidade de alguém, caberá ao Estado prestá-lo, mas sempre pautando a sua atuação pela proporcionalidade.

O entendimento aqui manifestado pode ser reforçado com exemplos retirados da jurisprudência. Isso será feito durante a análise das dimensões da Teoria da Reserva do Possível, didaticamente elencadas por Fabiana Okchstein Kelbert (2011) como sendo de três ordens. São elas a dimensão fática, a dimensão jurídica e a dimensão negativa da reserva do possível.

3.3.2 Dimensão Fática da Reserva do Possível

A dimensão fática da Reserva do Possível é a mais conhecida e lembrada. Pela constante invocação nas peças de defesa apresentadas nas demandas judiciais enfrentadas pelas Fazendas Públicas, ela corriqueiramente é confundida como sinônimo da própria Teoria.

Seu significado diz respeito à limitação ou à inexistência de recursos econômicos, materiais e humanos para a efetivação de um direito prestacional.

Este viés econômico deriva do fato de que a exigência de implementação dos direitos fundamentais positivos demanda, em contrapartida, o suporte financeiro necessário para fazer frente às despesas que serão efetivadas. Canotilho assevera (2003, p. 481):

Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção da dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos.

Sem tocar no fato de que a apreciação dessa dimensão pressupõe a devida comprovação da carência de recursos⁶⁴, o respeito ao mínimo existencial do ser humano tem levado os Tribunais a não acolherem esse tipo de argumento apresentado com o intuito de não cumprir o direito social à saúde pleiteado, o que tem exigido uma atuação proativa do administrador público, na busca dos recursos financeiros necessários para a preservação da vida.

No campo dos direitos à saúde, a Reserva do Possível, para se adequar à Teoria do Mínimo Existencial, respeitando, portanto, os ditames constitucionais que impõem a observância dos direitos sociais, somente servirá de obstáculo para o deferimento (concessão) de prestações que vierem a extrapolar as condições mínimas necessárias para que a pessoa possa sobreviver. É a dimensão negativa da teoria, que será vista adiante.

Se ficar constatado, mediante a devida e conclusiva produção probatória, que um medicamento ou um tratamento específico se apresenta como sendo o necessário para o eficiente restabelecimento da saúde do paciente, afastando-se o risco de morte, o Estado vem sendo obrigado a atuar de forma diligente a fim de conceder o direito àquele que não dispuser de condições financeiras para arcar com essa despesa.

No Recurso Especial nº 784241/RS, o Superior Tribunal de Justiça, através da 2ª Turma, 08 de abril de 2008, prolatou acórdão relatado pela Min. Eliana Calmon, contendo o seguinte excerto:

⁶⁴ Destacam Ingo Wolf Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo (2010, p. 32): “O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, §1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”.

Embora venha o STF adotando a "Teoria da Reserva do Possível" em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.

Refutando o argumento exclusivo de negar o direito fundamental com base no seu custo, o Ministro Gilmar Mendes, atuando na Presidência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, indeferiu pedido de suspensão de decisão que concedia um medicamento de dispensação excepcional para portador de rara doença denominada Síndrome de Hunter.

É de se registrar que, nesse caso, a despesa anual com a medicação exigiu da Fazenda Pública o montante de R\$ 15.837.691,20 (quinze milhões, oitocentos e trinta e sete mil e seiscentos e noventa e um reais e vinte centavos), conforme prova documental apresentada nos autos. Disse, então, Sua Excelência na Suspensão de Tutela Antecipada nº 198/MG, em decisão publicada em 03 de fevereiro de 2009, no Diário de Justiça Eletrônico nº 22:

O alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

O eminente Ministro Celso de Mello, apreciando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, que também versava sobre o direito à saúde, emitiu decisão monocrática publicada no Diário de Justiça de 04 de maio de 2004, contendo trecho que serve de inspiração para diversas outras decisões:

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.

A tendência dos Tribunais em não aceitar as objeções da Fazenda Pública baseadas na dimensão fática da Reserva do Possível, consoante já restou evidenciado em importantes precedentes jurisprudenciais, harmoniza-se com a percuciente perspicácia de Canotilho (2003, p. 480), ao afirmar que “Um direito social sob a ‘reserva de cofres cheios’ equivale, na prática a nenhuma vinculação jurídica”.

Não se defende neste breve estudo, em absoluto, a desconsideração dos altos custos decorrentes da evolução da tecnologia médica, do tratamento e das medicações, nem se pretende afirmar que tal constatação não se revela como um complicador na consecução dos direitos fundamentais.

Os números e valores falam por si e, sem dúvida, essa preocupação invade a atuação do operador do Direito quando ele é chamado para dirimir lides que demandam milhares ou até mesmo milhões de reais para o tratamento de um paciente.

Mas para a preservação da vida, o direito à saúde, como seu pressuposto, não vem sendo colocado em patamar inferior em relação ao aspecto econômico-financeiro de seu custo, prova disso são as constantes expedições de injunção pela Jurisprudência, cujo objeto traz a imposição de gasto em altas cifras.

O argumento dos custos exigidos com medicamentos e tratamentos não vem sensibilizando os Tribunais Superiores no controle jurisdicional das políticas públicas da saúde, que terminam deferindo as medidas pleiteadas, obviamente nos casos em que restou suficientemente comprovado que a prestação era imprescindível e insubstituível.

Na apreciação do Agravo Regimental nº 716.777/RS, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, prolatou, em 09 de abril de 2013, acórdão relatado pelo Min. Celso de Mello, contendo o seguinte trecho:

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-MC/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Daniel Wei Liang Wang ainda destaca o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 223, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em 14 de abril de 2008 (2010, p. 358):

Uma decisão que merece destaque é a STA 223, em que se pede que uma operação seja realizada por um médico estrangeiro. Inicialmente o pedido é indeferido pela Ministra Ellen Gracie sob o argumento de risco de lesão à ordem pública e administrativa, em razão de ser tratamento experimental, sem avaliação clínica prévia e de custo elevado. Contudo, a maioria do

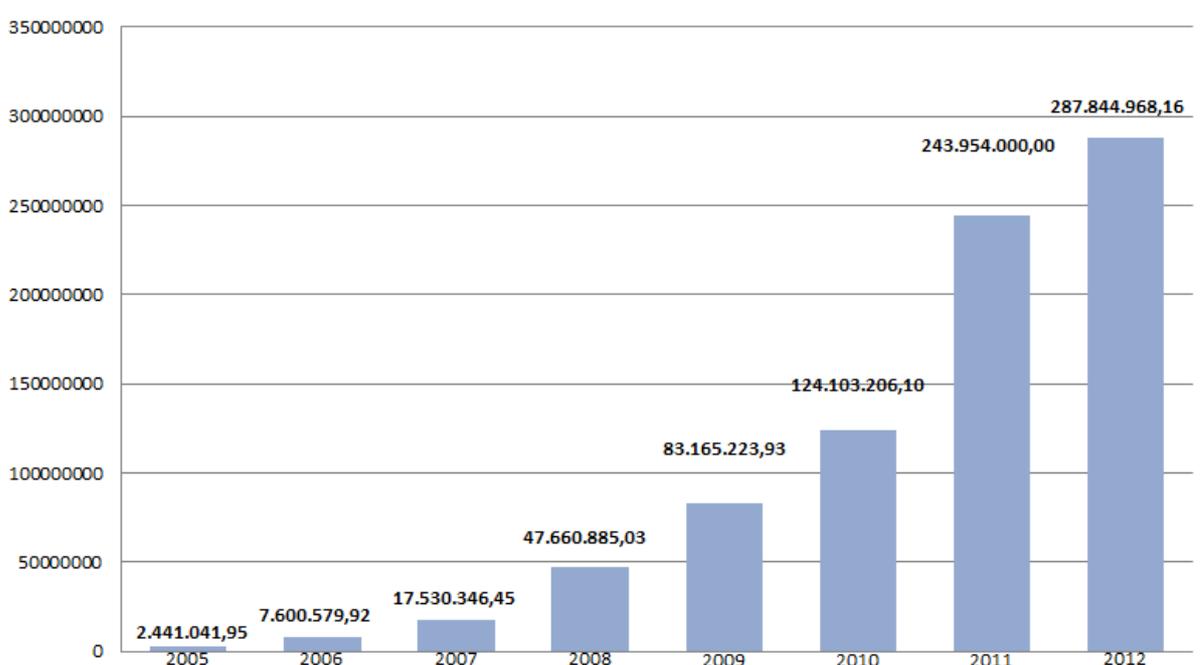
tribunal divergiu da sua posição. O Ministro Celso de Mello, entre outros argumentos, diz que matéria de finança pública é um interesse secundário do Estado e que “não há opção possível para o Judiciário, nessa relação dilemática, senão destacar, senão dar primazia, senão fazer prevalecer o direito à vida”. O ministro destaca, ademais, que “quem salva uma vida, salva toda a humanidade”.

O enredo nessas lides envolvendo os Direitos à saúde tende a ser sempre o mesmo, assim como o seu desfecho: as decisões reconhecem os custos e a necessidade premente de recursos financeiros para efetivá-los; declaram que os direitos sociais possuem aplicação progressiva e *prima facie*; manifestam que o deferimento do direito fundamental individual não pode prejudicar a política pública voltada para o coletivo, porém terminam deferindo a pretensão pleiteada.

Por essa razão, a evolução dos gastos com a saúde tem apresentado uma crescente, suscitando amplos debates entre gestores e autoridades envolvidas no assunto.

No que pertine aos custos para aquisição de medicamentos pleiteados na Justiça até novembro de 2012, a União, conforme dados da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, tem divulgado a seguinte progressão em moeda corrente (Real)

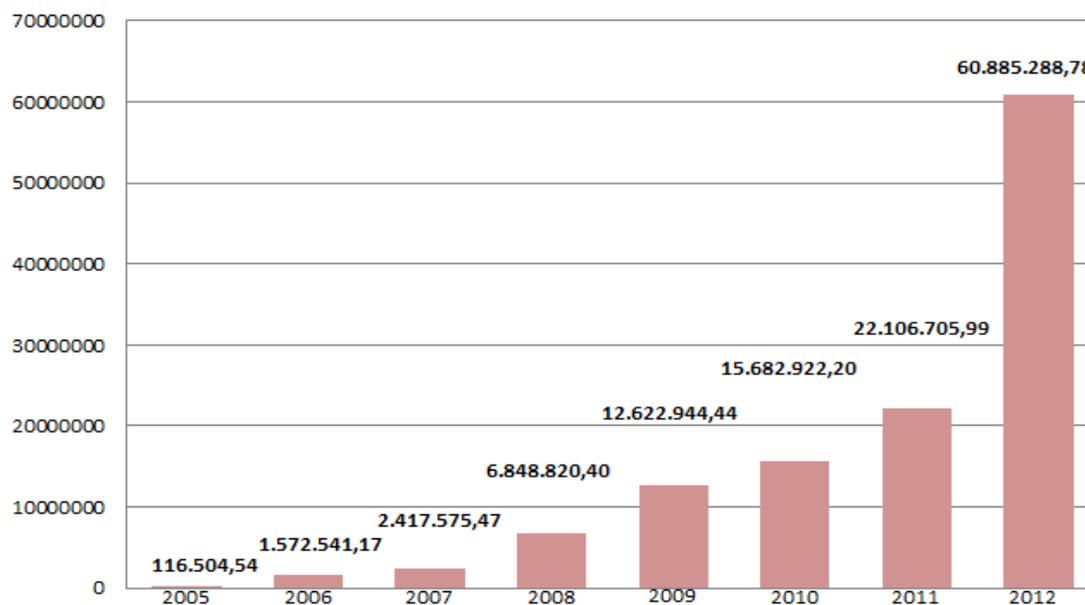
VALORES EM R\$, GASTOS POR ANO, COM MEDICAMENTOS VIA JUDICIALIZAÇÃO



Já no tocante às determinações para efetivação de depósitos em favor dos pacientes e em relação aos repasses efetuados pela União aos Estados e Municípios (com

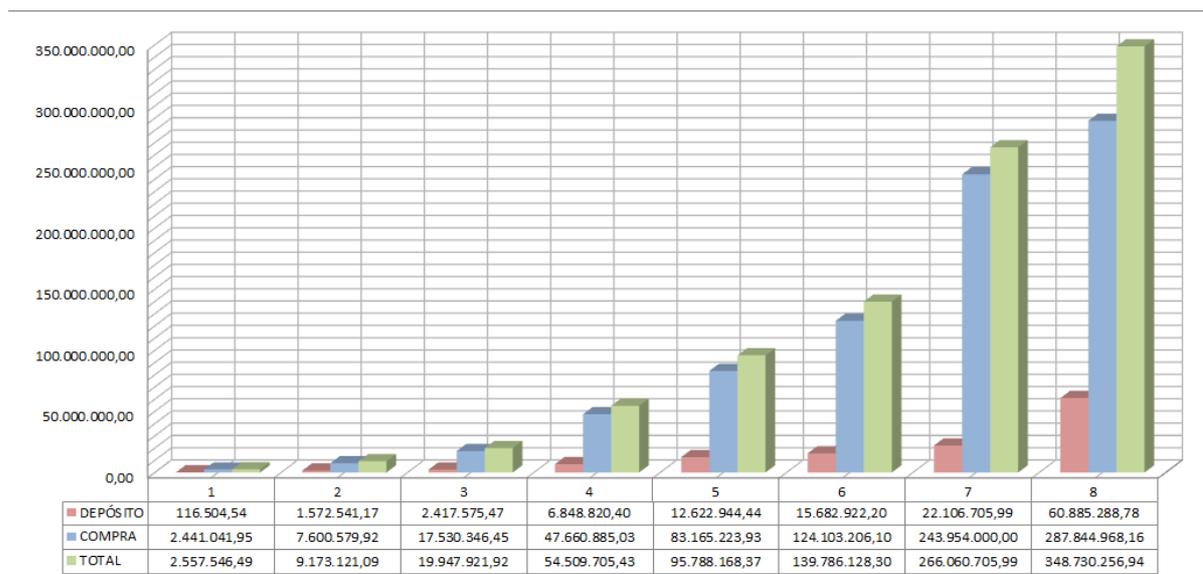
vistas ao cumprimento de decisões judiciais prolatadas em seu desfavor), há o seguinte quadro:

DEPÓSITOS EM R\$, FEITOS POR ANO, EM RAZÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE



No total, até novembro de 2012, a União efetivamente realizou os gastos com a Judicialização da Saúde⁶⁵:

GASTOS ANUAIS COM JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE FEITOS PELA UNIÃO



⁶⁵ Dados disponíveis em < <http://portalsaude.saude.gov.br> > acessado em 17 de julho de 2013.

3.3.3 – Dimensão Jurídica da Reserva do Possível.

A dimensão jurídica da Reserva do Possível refere-se à situação que envolve a disponibilidade e o planejamento orçamentário para o emprego dos recursos, ou seja, diz respeito às situações em que existem os recursos financeiros, mas não há a previsão orçamentária que autoriza a efetivação da despesa.

Essa dimensão também tem pertinência com a titularidade da atribuição para prestar os serviços de saúde. Nessa seara, as dificuldades são menores, pois a atribuição de competências é distribuída entre todos os entes políticos, valendo aqui ressaltar a posição do Supremo Tribunal Federal na análise da Suspensão de Segurança nº 3205, decidida pela então Min. Ellen Gracie, em 31 de maio de 2007:

Finalmente, ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária.

O orçamento é uma exigência indeclinável para o planejamento e a organização das tarefas e políticas públicas executadas pelo Estado.

Trata-se de importante instrumento para a preservação da estabilidade econômica e fiscal do Estado, o que contribui para o incremento dos níveis de eficiência estatal em suas atividades. Jacob enfatiza (2011, p. 258):

O sistema orçamentário criado pela Constituição Federal é estruturado em três níveis, como já exposto: o Plano Plurianual (PPA), a lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). A ideia é mesmo ir afunilando e detalhando as receitas e os gastos a partir das grandes premissas do PPA, que se presta a orientar continuamente a ação governamental, num ciclo dinâmico de controle, avaliação de resultados e redefinição dos objetivos. As prioridades e metas são definidas pelas diretrizes orçamentárias, que se destinam, grosso modo, a estabelecer um vínculo entre o planejamento de longo prazo e o orçamento anual; neste, encontram-se discriminados o orçamento fiscal, de investimento e da seguridade social. Cuida-se, portanto, de um arcabouço normativo presumivelmente harmônico cuja construção é auxiliada pela Lei nº 4.320/64, recepcionada pela CF/88.

Mas é necessário aqui se fazer um contraponto, diante da alegação de que a imprevisão orçamentária deve ser vista como resistência jurídica a ser acolhida contra a concretização de um direito à prestação de saúde pleiteado.

Assim como nenhum direito fundamental pode assumir conotação absoluta, o mesmo deve ser dito em relação ao orçamento. A peça orçamentária não é um fim em si mesmo, mas um instrumento previsto no ordenamento jurídico para servir de meio para a obtenção dos objetivos traçados pela Constituição Federal.

O pensamento a ser homenageado é o de que o orçamento, num Estado Social e Democrático de Direito como é o Brasil, não pode ser caracterizado pelo viés da inflexibilidade. Sua previsão, enquanto instrumento de estabilidade, não pode ser divorciada da tarefa estatal de preservar e concretizar os direitos fundamentais. Osvaldo Canela Junior (2011, p 230/231) declara:

O paradigma clássico de estabilidade orçamentária, portanto, dá lugar, no Estado Social, ao chamado orçamento programa, voltado para a realização dos fins estatais.

Em um Estado Social, o conceito clássico de orçamento não mais subsiste, posto pressupor uma estabilidade econômico-financeira para a concessão de direitos, o que é inadmissível em um Estado intervencionista. O orçamento, no Estado Social, há de servir como instrumento para a realização dos fins estatais e não como anteparo à concessão dos direitos sociais.

Logo, o orçamento programa representa a evolução do conceito de orçamento à luz do Estado Social. A sua compreensão permite concluir que eventual insuficiência de recursos não pode constituir elemento de estagnação na concessão de direitos fundamentais, mas vetor de conduta das formas de expressão do poder estatal para a prospecção futura de recursos.

Em matéria de efetivação do direito à saúde como condição para preservar a vida, o orçamento não vem sendo reconhecido como obstáculo nas decisões dos Tribunais Superiores.

A realidade brasileira é caracterizada pelo surgimento de sentenças aditivas, denominação buscada no direito italiano e que vêm a ser, nas palavras de Fernando Facury Scaff (2010, p. 133), aquelas que acarretam um “(...) aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado”.

Existem situações em que essas sentenças aditivas impõem efeitos imediatos. Podem ser citadas aquelas em que a política pública de saúde foi prevista, mas inexistem

dotações orçamentárias suficientes albergando-a. O direito subjetivo à prestação, nesse caso, tem sido reconhecido como evidente.

Na Suspensão de Liminar nº 228/CE, julgada pelo Ministro Gilmar Mendes em 14 de outubro de 2008, assim decidiu a Presidência daquela Corte:

(...);

O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte no processo. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

(...);

Mas pode acontecer também que o controle judicial de uma política pública de saúde seja realizado de forma a produzir efeitos mediatos, ou seja, no orçamento futuro.

Como bem ressalta Andreas Krell (1999, p. 253/254), “Um orçamento público, quando não atende aos preceitos da Constituição, pode e deve ser corrigido mediante alteração do orçamento consecutivo, logicamente com a devida cautela”.

Isso pode ocorrer, por exemplo, quando há uma ampla e profunda discussão judicial acerca da eficiência terapêutica de uma técnica ou medicamento não previstos nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas⁶⁶ traçados pelos órgãos administrativos pertinentes, e se pretende, doravante, oficializá-los para tratamento de pacientes.

O Recurso Extraordinário nº 639260/ES e o Agravo em Recurso Extraordinário nº 650788/RS, ambos decididos pelo Min. Joaquim Barbosa em junho e novembro de 2011, respectivamente, demonstram a viabilidade desse tipo de pretensão:

(...);

⁶⁶ Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas são traçados por Portarias da Secretaria de Assistência à Saúde, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, e “têm o objetivo de estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o algoritmo de tratamento das doenças com as respectivas doses adequadas e os mecanismos para o monitoramento clínico em relação à efetividade do tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos. Observando ética e tecnicamente a prescrição médica, os PCDT, também, objetivam criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz. Portanto, no âmbito do CEAF, os medicamentos devem ser dispensados para os pacientes que se enquadrarem nos critérios estabelecidos no respectivo Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica”.

(Fonte: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=35490, acessado em 22 de julho de 2013).

“CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. SAÚDE. POLÍTICAS DO SUS. TRATAMENTO. INCLUSÃO E EXCLUSÃO. IMPOSIÇÃO JUDICIAL. PROTOCOLO. CRITÉRIOS MÉDICOS. CONTROLE. CONHECIMENTO TÉCNICO. NECESSIDADE. PROVA TÉCNICA. RELEVÂNCIA.

De acordo com entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, inequívoco o direito público subjetivo a determinada prestação de saúde, se prevista nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde. Contudo, se a inclusão e exclusão no tratamento se submete a critérios estabelecidos naqueles Protocolos, cujo controle demanda conhecimentos de que não dispõe o magistrado, indispensável a produção de prova técnica para solução do mérito da causa.

AGRAVO DESPROVIDO, POR MAIORIA ”

(...);

“MEDICAMENTO. LISTAS PÚBLICAS. PROVA. O controle judicial dos atos administrativos dos protocolos e das listas públicas, que definem os medicamentos, insumos e procedimentos prestados, no âmbito do SUS, balizados pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias, exige a realização de prova. É que não se trata de matéria exclusivamente de direito. Importa cerceamento de defesa o julgamento sem se assegurar a realização de prova para averiguar a possibilidade de substituição dos medicamentos e a adequação do tratamento prescrito. Sentença desconstituída de ofício. Recurso e reexame necessário prejudicados.”

(...);

Para essa situação, a tutela inibitória é uma das técnicas processuais mais adequadas para uma eficiente proteção do direito à saúde.

Inserindo-a como pretensão numa Ação Civil Pública, estar-se-á diante de um mecanismo que, em tese, apresenta-se como um dos mais eficientes na busca de concretização de políticas públicas da saúde.

A pretensão inibitória apresenta-se como modalidade de tutela preventiva e prescinde da ocorrência do dano.

Essa específica modalidade de técnica processual se perfaz com a concretização de situações nas quais restem comprovadas, de forma inequívoca, as situações de ilicitude. Sobre essa modalidade de tutela, é precisa a definição de Joaquim Felipe Spadoni (2002, p. 66):

Pode ser definida como aquela que tem por objetivo alcançar provimento jurisdicional apto a impedir a prática futura de um ato ilícito, sua continuação ou repetição. Ele procura obstar, de forma definitiva, a violação instantânea ou continuada de um direito, já iniciada ou apenas ameaçada, possibilitando que ele seja usufruído *in natura* pelo seu titular, tal como permite o ordenamento jurídico.

Através da tutela inibitória, a Jurisdição emite provimentos mandamentais ou executivos que obstam a repetição ou continuação de uma ilicitude devidamente caracterizada e comprovada numa demanda cognitiva (numa Ação Coletiva, como a Ação Civil Pública voltada para a implementação de Políticas Públicas).

Marinoni (2004) enfatiza que, segundo o critério que leva em conta o *thema probandum*, a tutela inibitória pode ser operacionalizada em três modalidades. A primeira se dá quando nenhum ato ilícito ainda foi praticado pelo sujeito passivo da demanda⁶⁷; a segunda ocorre quando se está diante de uma repetição de ilícito, o que, no caso, supõe-se um intervalo entre um ato ilícito e outro (é possível então impedir o novo ilícito independente do primeiro); e a terceira espécie refere-se às situações em que o comportamento ilícito se protraí no tempo (um ato ilícito permanente, numa analogia ao Direito Penal).

Assim, considerando a sua natureza preventiva, a pretensão inibitória procura adequar o orçamento, de maneira que este consiga suportar os custos necessários para a efetivação direitos sociais, encontrando o denominador comum entre a eficácia dos direitos sociais e a indeclinável exigência do planejamento das políticas públicas (equilíbrio das contas públicas).

Portanto, a tutela inibitória, em matéria de Políticas Públicas, traz a vantagem de influenciar na formulação dos orçamentos que entrarão em vigor em anos vindouros (inserção e/ou extensão de projeto ou programa voltado à concretização de um direito constitucionalmente tutelado, no caso, a saúde).

Sobre o tema, Marcus Aurélio de Freitas Barros (2008, p. 206) traz as seguintes exemplificações:

Dentre os parâmetros objetivos antes listados, que servem ao controle de políticas públicas, alguns podem ser deduzidos em ação civil pública em que se faça pedido de tutela inibitória. É o que ocorre nos casos em que: a) o projeto de lei orçamentária anual não contempla verba vinculada (visa impedir a prática do ilícito); b) se impede que seja repetido ato administrativo em descompasso com o plano plurianual (voltada à repetição do ilícito); c) se pede inclusão de verba no orçamento do ano seguinte para

⁶⁷ O processualista traz a seguinte informação: “Essa espécie de ação inibitória foi a que encontrou maior resistência na doutrina italiana. Isso é explicável em razão de que essa modalidade de ação inibitória, por atuar antes de qualquer ilícito ter sido praticado pelo réu, torna mais árdua a tarefa do juiz, uma vez que é muito mais difícil constatar a probabilidade do ilícito sem poder considerar qualquer ato anterior do que verificar a probabilidade da sua repetição ou da continuação da ação ilícita” (MARINONI, 2004, p. 255/256).

evitar que continue uma situação ilícita (proteção contra a continuação do ilícito).

O tema é inequivocamente complexo e gerador de profundos questionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Inserir o Judiciário no controle da formulação do orçamento público pode ser visto como uma medida vanguardista.

Todavia, sem aqui adentrar em questões relacionadas com o Neoconstitucionalismo, uma interpretação sistemática de dispositivos constitucionais pode, ainda que preliminarmente, conferir estofamento ao entendimento de que é possível intervir no orçamento em prol de direitos fundamentais.

Em relação aos serviços públicos de saúde, o texto constitucional traz hipóteses de verbas vinculadas, traduzidas em normas que autorizam o exercício do controle preventivo da elaboração do orçamento (tutela inibitória).

Se os recursos reservados para essa rubrica carimbada não observarem o percentual mínimo imposto pela Constituição Federal ou pela Lei, a conduta do administrador será considerada ilícita, autorizando a deflagração de medidas judiciais corretivas. Nesses casos, a objetividade das normas facilita a realização de controle preventivo e inibitório nesse campo.

Enfatize-se que, nessas hipóteses, o Legislador Constituinte previu até mesmo a imposição de Intervenção Federal⁶⁸ e Estadual⁶⁹, instrumentos constitucionais caracterizados como de exceção, que irradiam graves efeitos jurídico-constitucionais.

Se a medida de intervenção política fica autorizada quando os percentuais mínimos de receitas não forem aplicados, é possível inferir que, na hipótese de os recursos empregados serem comprovadamente insuficientes, a meta de se conferir efetividade às normas constitucionais relacionadas com a saúde em prol da vida autoriza a utilização de medida jurídica bem menos drástica, qual seja, a atuação judicial que termina interferindo no orçamento já delineado para a realização do direito fundamental.

⁶⁸Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...]; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...]; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

⁶⁹Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: [...]; III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

A possibilidade de o Judiciário intervir no orçamento não é algo inédito no ordenamento constitucional, como se pode evidenciar no art. 100, § 5º⁷⁰, da Magna Carta, que dispõe sobre precatórios.

Se para garantir a efetividade de direitos disponíveis é possível intervir judicialmente no orçamento (precatórios, por exemplo, destinados ao pagamento de condenações decorrentes de reajustes vencimentais de servidores públicos), por que não admitir a alteração do orçamento pela via judicial, vinculando o Legislativo e o Executivo, quando devidamente restar constatada a insuficiência de recursos para garantir a efetividade de direitos fundamentais relacionados com a saúde em prol da vida?

Responder esse questionamento de forma negativa, *data venia*, significa, em nossa ótica, divorciar-se dos ditames constitucionais vigentes, manietando o Poder Judiciário e dificultando o seu compromisso de fazer valer os direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

A matéria aqui tratada não é inédita nos Tribunais Superiores. Pelo seu caráter emblemático, transcreve-se, a seguir, um acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, guardião da legislação infraconstitucional, no Recurso Especial nº 493.811, que tratou dos temas relativos a Orçamento, Direitos à saúde e Infância e Adolescência:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido.

(Resp n 493.811, 2ª. Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 11.03.2003 – DJ de 15.03.2004, p. 236).

⁷⁰ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. [...]; § 5º. É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Dissecando a decisão tomada pelo STJ no acórdão supratranscrito, com o amparo da lição extraída da obra de Alceu Mauricio Jr. (2009, p. 262), evidencia-se que a análise do Tribunal reconheceu:

- a) o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos baixou a Resolução Normativa 04.97, deliberando sobre a necessidade de criação de programas governamentais de atendimento previstos no ECA, notadamente para atendimento a alcoólatras e toxicômanos⁷¹;
- b) após instauração de inquérito civil pela Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca de Santos, concluiu-se que havia insuficiência grave no atendimento de crianças e adolescentes com problemas de drogadição e que a Municipalidade mostrava-se renitente em cumprir a deliberação do Conselho Municipal;
- c) esgotadas todas as tentativas de resolução pela via extrajudicial, o Ministério Público houve por bem ingressar com a presente ação civil pública, cumprindo sua obrigação de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis (art. 201, VIII do ECA).

Mas a Teoria da Reserva do Possível não se restringe aos aspectos econômico e jurídico, havendo ainda uma dimensão negativa que será abordada a seguir.

3.3.4 – Dimensão Negativa da Reserva do Possível.

Como bem enfatiza Gilmar Ferreira Mendes (2012), amparando-se na doutrina estrangeira de Stephen Holmes e Cass Sunstein, todos os direitos fundamentais possuem custos. Defender a implementação de direitos fundamentais pelo Poder Público leva a uma constatação inequívoca: as finanças são insuficientes para a assunção da totalidade dos custos.

Daí a necessidade de o Estado fazer receita com a participação de toda a sociedade, pois tanto os direitos como os recursos para executá-los “não nascem em árvores”, na feliz metáfora de autoria de Flávio Galdino (2005).

⁷¹ No caso dos direitos à saúde, a Lei Complementar nº 141/2012 estabelece: Art. 36 (...); § 2º Os entes da Federação deverão encaminhar a programação anual do Plano de Saúde ao respectivo Conselho de Saúde, para aprovação antes da data de encaminhamento da lei de diretrizes orçamentárias do exercício correspondente, à qual será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público.

A dimensão negativa da Reserva do Possível traz para a análise da implementação dos direitos fundamentais sociais o princípio da proporcionalidade, que é extraído de um princípio mais abrangente, como o do Estado de Direito (corrente do Direito Alemão) ou o do devido processo legal substancial (Corrente do Direito Anglo-Saxão).

Ela evidencia a dificuldade em se afirmar, numa perspectiva abstrata, se uma determinada pessoa pode exigir do Estado uma dada prestação de um direito social. A análise não pode ser desvinculada do todo, é dizer, somente analisando o caso concreto, ponderando os bens jurídicos em jogo, será possível ao administrador ou ao julgador adotar uma solução que venha a dirimir a controvérsia em harmonia com o texto constitucional.

Dissecando a decisão da Corte Alemão que representa o nascedouro da Reserva do Possível, Fabiana Okchstein Kelbert (2011, p. 88) nos informa:

Isso significa, ainda, que a concessão ou previsão de um prestação onerosa não pode se dar apenas do ponto de vista individual, sem considerar o todo, pois “o pensamento das prestações subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado Social”. Nesse sentido, a decisão mencionada apontou que o indivíduo deve tolerar limites na sua liberdade de ação dentro do exigível, desde que não seja violada a sua individualidade.

(...);

Esse é mais um sentido que pode ser extraído da célebre decisão, quando consignou que algumas prestações estatais estariam sujeitas àquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade de forma razoável, ficando sujeitas a uma “reserva do possível”.

Votando à situação dos Direitos à Saúde, a aplicação concreta da dimensão negativa da Reserva do Possível pode ser observada na situação das demandas em que trazem à discussão os medicamentos constantes das listas oficiais do Sistema Único de Saúde/SUS e dos tratamentos previstos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT).

A inserção de um remédio e de um tratamento nessas listas oficiais passa por um procedimento rigoroso, acompanhado por técnicos especializados em diversas áreas médicas (Comissão Técnica Multidisciplinar). Seu objetivo é planejar a saúde de modo a prestar um serviço de qualidade para a população.

Bem elucidada Paulo Dornelles Picon acerca do objetivo dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (2004, p. 55):

Esses PCDT objetivam estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis, as doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos. Observando ética e tecnicamente a prescrição médica, os PCDT têm, também, o objetivo de criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz.

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas assumem a serventia de instrumentos voltados para o planejamento da saúde pública, sem descuidar da saúde do paciente. Para se obter a eficiência da prestação do serviço de saúde – na verdade em tudo na vida – deve-se sempre partir de uma organização logística responsável e capaz de conferir racionalidade à empreitada.

Diante de tantas evoluções e inovações tecnológicas no setor médico-farmacológico, é necessário, para o bem da segurança social anunciada pelo sistema, que existam elementos que possam contribuir para a previsibilidade dos tratamentos e a racionalização das despesas que serão efetuadas. Sobre o tema, reflete o doutrinador português João Carlos Loureiro (2008, p. 72):

Trata-se da sustentabilidade do sistema, um elemento que se afirma como um princípio constitucionalmente estruturante, num tempo em que aumentam os meios de diagnóstico e os tratamentos. A exigência é a de que se cumpram requisitos de justiça no processo de distribuição (afecção) dos recursos de saúde. E isto pressupõe concepções que respeitem a dignidade humana e não se baseiem em visões marcadas pelo utilitarismo social.

A preferência, portanto, é de que os medicamentos e tratamentos inseridos nas listagens emitidas pelo Poder Público sejam os ministrados aos pacientes. Com bem enfatiza Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 75), retornando à proporcionalidade, elemento negativo da reserva do possível, “o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele adequada e menos onerosa”.

Porém, como a ciência médica não se insere entre aquelas da categoria das ciências exatas, é possível se comprovar que as prestações oficializadas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas não sejam eficientes num certo caso trazido ao conhecimento do Estado.

Quando um paciente vem a requerer que o Poder Público arque com a despesa exigida por um medicamento ou tratamento não contemplado na lista oficial do SUS, será

necessário realizar ponderações, já que o custo em regra é alto e os recursos a serem gastos, como dito, estão planejados sem levar em consideração dita pretensão.

Será necessário então verificar se a prestação perseguida revela-se proporcional (dimensão negativa da Reserva do Possível), isto é, se ela preenche os elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação fica caracterizada quando na demanda restar provado que o remédio e/ou tratamento não incluídos nos protocolos oficiais revelam-se aptos para proporcionar uma eficaz assistência terapêutica para o paciente.

A prova aqui deve ser robusta, eis que as definições contidas nas listagens oficiais seguem procedimento técnico rigoroso. Como bem enfatizado pela União ao deflagrar o incidente de Suspensão de Tutela Antecipada nº 59/SC:

A seleção para elaboração das listagens, tanto de medicamentos essenciais como dos excepcionais, baseia-se nas prioridades nacionais de saúde pública, bem como na segurança, na eficácia terapêutica comprovada, na qualidade e na disponibilidade de produtos indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população, razão pela qual se faz imprescindível a confecção de prévias listagens estaduais e municipais de medicamentos, segundo a situação epidemiológica respectiva.

Mesmo com essa presunção de eficácia, a Fazenda Pública não fica dispensada de provar que o medicamento ou tratamento oficial, ao contrário do que foi alegado pelo paciente pleiteante, atende à exigência terapêutica no caso concreto.

Esta situação ocorreu no incidente de Suspensão de Segurança nº 3429, decidido em 19 de dezembro de 2007 pela então Ministra Ellen Gracie, quando então a Fazenda Pública não provou que o medicamento disponibilizado pelo SUS poderia trazer utilidade terapêutica para o paciente, sendo então obrigada a prestar outro tipo de medicação não prevista na lista oficial:

Finalmente, como bem asseverou a Procuradoria-Geral da República, “o Estado requerente não demonstra a eficácia de outras drogas, tampouco comprova que estão sendo disponibilizadas para a doente, de forma que prevalece a premissa de imprescindibilidade dos fármacos requeridos para a manutenção da saúde e preservação da vida da autora” (fl. 126).

Se a aptidão do medicamento ou tratamento oficial não restar comprovada, forçoso concluir que a Fazenda Pública não poderá impô-los como única prestação possível

para o paciente. A definição acerca da aptidão interferirá na análise do aspecto da necessidade (exigibilidade) da prestação. O mesmo se diga em relação à proporcionalidade em sentido estrito (custo e benefício da intervenção estatal em função da finalidade constitucional).

Partindo da premissa de que o Estado deve assegurar o mínimo existencial – e, logicamente, não há como se falar do mínimo existencial sem inserir o Direito à Vida e às prestações necessárias para assegurá-lo – se o remédio ou tratamento oficial são ineficazes para o restabelecimento terapêutico do paciente, não há como cotejá-los, em termos de exigibilidade e de custo/benefício, com o medicamento ou tratamento pleiteado pelo paciente enfermo, na hipótese de restar inequivocamente comprovada a eficácia destes.

Em matéria de medicamentos, a dimensão negativa da Reserva do Possível serve ainda para afastar pretensões desproporcionais, que sejam incompatíveis com aquilo que o homem médio pode legitimamente esperar do Poder Público para o resguardo de sua esfera jurídica, como rocorrem em demandas que priorizam aspectos acessórios do fármaco, a exemplo da preferência pelo fabricante. Bem enfatiza Ricardo Seibel de Freitas Lima (2010, p. 250/251):

Os medicamentos, por sua vez, devem ser preferencialmente genéricos ou aqueles de mais baixo custo, não podendo ser admitidas preferências arbitrárias ou injustificadas por determinadas marcas, o que viola o princípio da igualdade, nem importações de substâncias que sequer são autorizadas no País.

O que interessa, dentro da visão de que existe o dever de se assegurar o mínimo existencial da pessoa, é a verificação das propriedades terapêuticas da medicação. Se dois ou mais remédios servem de maneira eficiente para um tratamento, deve-se, por ser razoável, buscar satisfazer a pretensão com aquele que se apresenta menos oneroso para o Erário.

Por fugir da razoabilidade, dimensão negativa da Reserva do Possível, e por não respeitar a autonomia da Administração, o Superior Tribunal de Justiça, na apreciação do incidente de Suspensão de Tutela Antecipada nº 59, obstou os efeitos de uma liminar concedida em sede de Ação Civil Pública que, a partir de um caso isolado em que se requereu um medicamento para um paciente específico, determinou ser de responsabilidade da União, do Estado de Santa Catarina e do Município de Chapecó o fornecimento, de forma gratuita e ininterrupta, de qualquer medicamento e tratamento, ainda que não padronizados pelas listas oficiais do Ministério da Saúde para todos os doentes.

Essa decisão foi confirmada pela Corte Especial no Agravo Regimental interposto contra a suspensão deferida pela Presidência do STJ. Seu Relator, o então Min. Édson Vidigal, assim consignou:

Presentes e bem demonstrados, pois, os pressupostos justificadores da medida de suspensão, uma vez que o fornecimento genérico e aleatório de medicação não aprovada pela comunidade especializada, a um sem-número de pessoas, em detrimento da listagem oficial confeccionada pelo órgão competente para tanto tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar o sistema de aquisição e distribuição de medicamentos à população carente e, por isso, o próprio sistema de saúde pública. Nem se diga, aliás, que a decisão é, neste ponto, contrária à jurisprudência desta Corte, pacífica no sentido de constituir, a saúde, dever maior do Estado, consoante constitucionalmente erigida. Como bem anotou a decisão agravada, “não se afastou a possibilidade de, em casos isolados, mediante comprovação da utilidade e necessidade do tratamento com a medicação objeto da controvérsia, o interessado obter do Judiciário respaldo para seu pleito, como vem ocorrendo” (fl. 143). Resguardado ficou, portanto, o direito de todo cidadão pleitear, pelas vias próprias, e no limite de cada ação proposta, o tratamento de que necessite, obstando-se, apenas, a generalização de situação personalíssima, em favor de pessoas estranhas à lide e situações futuras à própria demanda, quando reprovados os procedimentos em questão pelo sistema de consulta à comunidade científica.

(AgRg na STA 59/SC, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 25/10/2004 e publicado no DJ de 28/02/2005, p. 171).

Em outro precedente, desta feita envolvendo o deferimento de próteses, o Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez, suspendeu a ordem judicial que determinava a concessão aleatória e indiscriminada da aludida prestação de direito à saúde, ressaltando a essência da dimensão negativa da Reserva do Possível. Na decisão consta o seguinte fundamento.

À Administração Pública, através da aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população no País, buscando garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias.

Tal atividade envolve uma gama de procedimentos técnicos e de caráter oficial, inerentes à política nacional de saúde e realizados por diversos órgãos governamentais, objetivando restringir a possibilidade de riscos graves aos pacientes e, sempre que viável, uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de que seja atingido o maior número possível de beneficiários.

(AgRg no AgRg na STA 81/SC, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 29/06/2005 e publicado no DJ de 29/08/2005, p. 129).

Nesse precedente, o STJ decidiu que “O fornecimento genérico e indiscriminado de próteses não aprovadas por órgão especializado, a quem delas necessite, em detrimento da listagem oficial do Ministério da Saúde tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente e o próprio sistema de saúde pública.

É importante ressaltar que a instrução a ser empreendida nesses casos deve ser realizada de maneira especial e aprofundada, já que os custos da pretensão chegam a patamares financeiros de grande monta, que serão arcados com dinheiro público.

A reversibilidade do pagamento, senão impossível, é extremamente improvável, já que em diversos casos se registra a impossibilidade de a família ou paciente arcarem com a despesa necessária para obtenção da prestação.

Havendo urgência, ainda assim o eventual pleito de liminar deve ser precedido de uma audiência célere e *incontinenti*, onde deverão estar presentes profissionais habilitados tecnicamente para suprir as lacunas de conhecimento médico-farmacêutico do Estado-Juiz e de outras Instituições envolvidas (Ministério Público, Defensoria Pública etc).

Como é cediço, os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça terminam por influenciar a formação da convicção de órgãos judiciais de outras instâncias, quando não os vinculam.

Estas manifestações do pensamento jurisdicional acerca do tema criam o quadro da judicialização da saúde, que tem sido, em sua quase totalidade de casos, a favor da vida.

Diante dessa realidade que é a judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário no que se refere à sua atuação administrativa e financeira, editou a Resolução nº 31, de 30 de março de 2010⁷², que resolveu recomendar a atuação jurisdicional nesses casos, com as seguintes orientações:

⁷² Essas recomendações previstas na Resolução servem para auxiliar o Magistrado na coibição de influências de grande conglomerados farmacêuticos, cuja força econômica não passou despercebida por Gilmar Mendes (2012, 507/508): “Finalmente, a influência da indústria farmacêutica é questão que deve ser igualmente apreciada quando da judicialização do requerimento de medicamentos. Indiretamente, o Poder Judiciário, ao implementar a política da saúde pública e deferir determinadas solicitações, pode estar contribuindo com ações artificialmente criadas por interesses privados. (...). É flagrante a existência de *lobby* da indústria e comércio de medicamentos, não apenas com os próprios médicos, mas também, atualmente, com os próprios usuários – inclusive com o apoio de algumas organizações não governamentais (ONGs)”.

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar 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, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;

CONCLUSÃO

A pretensão que se busca alcançar com esta dissertação tem por objeto traçar o atual contexto em que se encontra a judicialização do direito à saúde, fornecendo elementos que permitam, tanto à comunidade acadêmica quanto aos profissionais do Direito, um norte a respeito do entendimento que vem sendo acolhido pela Jurisprudência.

Em face das decisões dos Tribunais Superiores já aqui declinadas, a temática supracitada traz um conflito de interesses e teses que precisa ser equacionado. Numa linguagem metafórica, imagine-se um duelo, em que cada participante carrega sua parcela de culpa a justificar o *status quo* do atual estágio em que se encontra a saúde pública no Brasil.

De um lado, a Fazenda Pública, defendendo a negativa de direitos prestacionais a partir da verificação dos seus altos custos. Em geral, nas suas defesas, as alegações de falta de recursos são sempre genéricas, ou então nunca é concretamente demonstrado de que forma o atendimento do caso individual prejudicará o coletivo, deixando de se explicitar como será feita uma eventual alocação de receitas para cumprir o comando jurisdicional, e o que estará sendo inviabilizado em termos de benefícios sociais.

Do outro lado, há as determinações judiciais que, a despeito de não afirmarem expressamente – mas é o que se infere em termos práticos –, transformam a prestação à saúde quase que em um direito absoluto, uma vez constatado, em casos concretos, que a vida encontra-se em risco. Havendo perigo de morte, a concessão da prestação pelo Judiciário é certa.

Fala-se em quase absoluto, pois os precedentes têm ainda ressalvado questões que afrontem a dimensão negativa da Reserva do Possível, indeferindo prestações genéricas a partir de casos concretos. Mas o mesmo não vem ocorrendo na Jurisprudência quando as prestações de saúde pleiteadas extrapolam a dimensão fática e jurídica da Reserva do Possível.

Os reiterados deferimentos de prestações de saúde não ocorrem apenas por força do plano jurídico-constitucional, a exemplo dos preceitos contidos na Ordem Social da Carta Magna e no princípio da dignidade da pessoa humana, que permitem a construção de uma responsabilidade do Poder Público e da sociedade de se assegurar o mínimo existencial.

Há aspectos até mesmo relacionados com a psicologia do Magistrado a interferir nas decisões, conforme bem captado e expressado por Ana Paula de Barcellos (2011, p. 322):

A primeira dificuldade diz respeito à atuação do juiz e a suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde – não incluída no mínimo existencial nem autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer – é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica.

Nessa seara, a Jurisdição não vem cumprindo o seu escopo social e político de apontar os elementos concretos capazes de delinear os limites tanto do direito do cidadão que postula uma pretensão à saúde, quanto a responsabilidade da Fazenda Pública de arcar com os custos.

A tendência é sempre a mesma: diante de um caso concreto, havendo um paciente enfermo sem condições financeiras de arcar com um medicamento ou tratamento não oficial mas eficaz, o deferimento do objeto da pretensão é uma constante.

A Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, no documento denominado “Intervenção Judicial na Saúde Pública – Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais”, elaborado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde em 2011, reconhece:

Desse modo, conquanto seja inegável que parcela significativa das ações judiciais decorre de interesses legítimos que não podem ser retirados da apreciação do Judiciário, é igualmente constatável que a concessão pela via judicial de um tratamento médico ou medicamentoso, pela própria característica de individualidade de que comumente se revestem, impacta de modo expressivo a programação e a organização do Sistema Único de Saúde, a revelar a necessidade de se buscar uma linha de atuação, por parte de todos os interessados no assunto, que conjugue os interesses individuais com a percepção coletiva do mesmo direito.

A despeito desse reconhecimento, as defesas dos entes federativos assumem a tendência de alegar, de forma genérica, a carência de recursos ou que, a pretexto de cumprir as determinações judiciais, desguarnecerão outras responsabilidades constitucionais. Não se

envidam esforços no sentido de aprofundar o debate, tornando transparente o cotejo entre números financeiros e orçamentários e as políticas públicas traçadas⁷³.

Enquanto o *status quo* permanece assim descortinado, os comandos judiciais são prolatados e as despesas aumentam conforme gráficos supramencionados. O curioso é que, um vez expedida uma ordem judicial, os recursos sempre aparecem para arcar com as novas obrigações⁷⁴.

Para cumprir essas ordens expedidas, caberá ao administrador, laborando dentro de sua margem discricionária de ação e, sobretudo, com coragem política, assumir uma postura pública voltada para a garantia de tão importante direito fundamental, lançando mão de medidas que deverão alocar recursos ou criar mecanismos para obtenção de novas arrecadações. E aqui, como contribuição, apresentam-se algumas propostas de mudanças no financiamento e na maneira como são prestados os serviços, a título exemplificativo:

a) contingenciar⁷⁵ despesas de rubricas menos condizentes com a dignidade da pessoa humana⁷⁶, remanejando os recursos ali reservados para o atendimento da saúde pública (gastos com dívida interna, diversões públicas, patrocínios, publicidade, fomento, despesas excessivas com a máquina pública *etc*);

A prioridade de gastos com a saúde da população ainda é inferior a muitos países, inclusive da América Latina, como mostra o quadro a seguir:

⁷³ O Ministro Marco Aurélio, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 368.564-3, apreciado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 13 de abril de 2011, manifestou: “Essa denominada reserva do possível, no tocante ao Estado, leva-me à indignação como contribuinte, como cidadão, como juiz, pois, se for realmente empolgada e aceita, teremos desculpa para tudo, porquanto, desde que me conheço, o Estado, em que pese a grande carga tributária, luta com escassez de receita, mas luta porque tem despesas excessivas, principalmente com a máquina administrativa e a dívida interna”.

⁷⁴ Sem o intento de simplificar questão demasiadamente complexa, e traçando um paralelo com a obrigação de alimentos, observa-se em inúmeros casos que o devedor nunca está em condições de pagar, mas basta uma decisão judicial com força coercitiva, para que os recursos surjam e a dívida adimplida.

⁷⁵ Paulo Caliendo tem o seguinte entendimento (2009, p. 181): “Cabe observar que a peça orçamentária não possui o caráter vinculante para o administrador, o que poderia permitir o seu manejo técnico por meio de contingenciamento, remanejamento de verbas orçamentárias ou mesmo a compensação de gastos particulares com créditos fiscais ou financeiros do Estado com o prestador privado”.

⁷⁶ Vale aqui ser citado entendimento exposto pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 811.608/RS. A 1ª Turma, em acórdão relatado pelo Min. Luiz Fux manifestou que a “escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação da ‘reserva do possível’. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais”.

**Percentual do gasto público em saúde em relação ao
Gasto total em países selecionados⁷⁷**

País	Percentual
Cuba	15,5%
Reino Unido	15,1%
Suécia	13,8%
Costa Rica	26,1%
Alemanha	18%
França	16%
Itália	13,6%
Espanha	15,2%
Canadá	17,2%
Portugal	15,4%
Chile	15,6%
Argentina	13,7%
México	15%
Brasil	6%
Estados Unidos	18,7%

Fonte: Organização Mundial da Saúde (2011)

A dinâmica da alocação será empreendida discricionariamente pelo administrador, mas encontrará um limite: não poderá levar a uma retirada de recursos reservados para a garantia dos direitos sociais que compõem o mínimo existencial.

Esse foi o pensamento externado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, relatada pelo Min. Celso de Melo e apreciada em 04 de maio de 2004. Manifestou Sua Excelência *in verbis*:

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 cidadão, de condições mínimas de existência.

b) Adoção de políticas de saúde preventiva e maior atenção nos serviços primários;

c) Quebra de patente de medicamentos⁷⁸;

⁷⁷ Dados constantes no documento denominado *Estadísticas Sanitarias Mundiales 2011*, levantados pela Organização Mundial de Saúde. Disponível em: < http://www.who.int/whosis/whostat/ES_WHS2011_Full.pdf> Acesso em: 20 de junho de 2013.

⁷⁸ Gilmar Mendes (2012, p. 485/486) informa: “Melhor exemplo é a quebra de patente de medicamentos para o tratamento da AIDS e o Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis. Antes de sua ocorrência, o deferimento de pedidos para a obtenção do “coquetel” para o tratamento da AIDS era extremamente comum no

d) Elaborar estudos visando a concessão de desonerações tributárias para medicamentos e para a iniciativa privada que se disponha a prestar um serviço de saúde de qualidade para a população;

e) Vincular receitas auferidas pelo Estado para prover exclusivamente as despesas com a saúde pública, como as propostas de vinculação dos *royalties* do pré-sal;

f) Fomentar convênios e contratos administrativos de gestão com entidades privadas (a exemplo de Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), a fim de prestarem serviços em prol da saúde de forma complementar. A atividade desses entes, de caráter gerencial, passa por mecanismos de acompanhamento e avaliação constantes através dos controles interno e externos;

g) Transparência na distribuição dos recursos destinados à saúde e fiscalização no tocante à efetiva aplicação dos percentuais constitucionais e legais de receitas vinculadas para gastos com ações e serviços de Saúde Pública (CF, art. 198 e Lei Complementar nº 141/2012);

h) Prevenir e combater a malversação de recursos e a corrupção que vicejam na gestão da saúde pública⁷⁹;

i) Instituir novas fontes de recurso necessárias para fazer frente às despesas⁸⁰, inserindo antes a família, em homenagem ao princípio da subsidiariedade, como ente também responsável em relação às pessoas enfermas;

Essa última proposição traz a possibilidade de problematizar a gratuidade da prestação da saúde.

Supremo Tribunal Federal, e os custos com sua compra, elevados. Ainda que a questão tenha envolvido diversas negociações com organizações internacionais e embates diplomáticos, com a quebra da patente, o Brasil passou a ter um dos melhores programas de prevenção e tratamento da AIDS do mundo, caracterizado pelo seu acesso universal e gratuito. Observou-se, com esse Programa, significativa redução da mortalidade e do número de internações e infecções”.

⁷⁹ “Também neste contexto assumem relevo os princípios da moralidade e probidade da administração pública, de tal sorte que – mesmo sem desenvolver o ponto – é possível afirmar que a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, na sua dupla dimensão defensiva e prestacional, depende, em parte significativa (e a realidade brasileira bem o demonstra!) da otimização do direito fundamental a uma boa (e portanto sempre proba e moralmente vinculada) administração” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 36).

⁸⁰ Art. 4º. Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de: (...); X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

Segundo a Lei nº 8.080/90 e a Lei Complementar nº 141/2012, as ações e serviços de saúde são propostos para serem **universais**, abrangendo todas as classes sociais; **integrals**, assumindo um 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; **iguais**, sendo vedado qualquer privilégio e inaceitável qualquer tipo de preconceito; e **gratuitos**, ressalvando-se as cláusulas dos contratos e convênios estabelecidos com entidades privadas.

A despeito da previsão normativa de um direito, a sua concretização torna imprescindível a verificação dos dados da realidade, quando então será aferida a possibilidade de sua concretização.

Como bem enfatiza Carlos Augusto Alckmin Jacob, “não há Direito se não houver alternativa. Trata-se da velha máxima romana: *ad impossibilita nemo tenetur* ou *impossibilium nulla obligatio est* (Celso, D. 50, 17, 185)”. Também nesse sentido é o magistério de Olsen (2006 p. 212):

A reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito. O Direito corresponde a um fenômeno prescritivo, ou seja, as normas jurídicas têm por fundamento uma determinada realidade fática, a partir da qual prescrevem condutas a serem obedecidas. Dentro desta concepção, é certo que o Direito não pode prescrever o impossível – e é neste sentido, em um primeiro momento, que se pode abordar a temática da reserva do possível, embora trazendo a discussão para o campo dos direitos fundamentais sociais a prestações.

Não são necessários maiores estudos para se chegar à conclusão que não se pode, de forma gratuita, oferecer tudo a todos. E isso não é uma conclusão restrita aos direitos à saúde. Para a eficácia do sistema, é preciso repensar a questão envolvendo a gratuidade do serviço. Os custos são uma realidade gritante. É uma utopia imaginar que uma prestação de saúde universal e integral possa ocorrer de forma gratuita.

No Brasil, a Constituição aponta um rol exemplificativo de fontes de custeio do Sistema Único de Saúde, ao mesmo tempo em que elege como uma de suas diretrizes a participação da comunidade. É o que preconiza o art. 198 e seu § 1º, *in verbis*:

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:

(...);

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Os tributos, pagos é certo por todos, servem, entre outras finalidades, para promover uma justa distribuição de bens e serviços públicos, afirmação que se torna ainda mais convincente quando se está diante de impostos que, pela sua própria natureza, levam em consideração a diferente capacidade contributiva de cada cidadão. Mesmos com essas fontes de recursos, a conta da saúde pública não tem fechado. As exigências em diversas áreas são imensas e buscam se custear na conta única do financiamento fiscal.

Novas fontes de recursos podem ser instituídas, comprometendo individualmente o cidadão e sua família⁸¹, de maneira divisível e concretizada.

Não há sentido, por exemplo, que num Estado Democrático de Direito, cuja Ordem Social se funda no trabalho, no bem estar e na justiça social, o Poder Público arque com as despesas de saúde de quem possa provê-las, ocasionando uma má-distribuição dos limitados recursos destinados para a Saúde Pública. Isso colide, inclusive, com o caráter universal do sistema.

O Sistema Único de Saúde deve ser reconstruído a partir do pensamento de que não se pode admitir que o cidadão que possa arcar com medicamentos ou tratamentos específicos concorra, em igualdade de condição, com a pessoa que não dispõe de receitas para tanto⁸².

⁸¹ Rogério Gesta Leal (2009, p. 159/160) enfatiza: “Daí que proponho uma leitura mais integrada deste dever estatal para com o universo que ele alcança, ou seja, direito social da população como um todo que envolve, inclusive, co-responsabilidades societais importantes (constitucionais e infraconstitucionais). Estou falando, por exemplo: (a) do dever da família (da Sociedade e do Estado) em 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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; (b) os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade; (c) a família (a Sociedade e o Estado) tem 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”.

⁸² No Estado do Rio Grande de Sul já houve essa percepção. A Lei Ordinária Estadual nº 9.908/93 estabelece: art. 2º. O beneficiário deverá comprovar a necessidade do uso de medicamentos excepcionais mediante atestado médico. Parágrafo único: além do disposto no “caput” deste artigo, o beneficiário deverá comprovar por escrito e de forma documentada, os seus rendimentos, bem como os encargos próprios e de sua família, de forma que atestem sua condição de pobre.

Aliás esse tratamento equânime na prestação dos serviços de saúde termina contrariando o próprio fundamento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao não estabelecer uma acepção de pessoas no que concerne à capacidade econômica, desprestigia-se a igualdade material almejada com a instituição de tais bens jurídicos.

Inserido num ambiente em que as necessidades são muitas e as possibilidades de recursos são limitadas, a medida de se distribuir as prestações de saúde, a partir de uma diferenciação de pessoas no que se refere à capacidade econômica, termina por justamente desigualar os desiguais na medida de suas desigualdades.

Exigindo-se a coparticipação dos indivíduos com disponibilidade financeira, reverencia-se a igualdade substancial e racionaliza-se a utilização dos recursos, tornando possível a pavimentação dos caminhos que assegurem uma cobertura universal do direito à saúde, promovendo o bem de todos os cidadãos.

Foi o que ocorreu em Portugal, um exemplo próximo ao do Brasil.

A Constituição Portuguesa de 1976, promulgada após derrubada do regime ditatorial conduzido por Salazar, estabeleceu diversas liberdades democráticas. A saúde pública, por mais de uma década, foi regida nos seguintes moldes: art. 64, n.º 2. O direito à protecção à saúde é realizado pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e **gratuito**.

Não há como se subtrair da assertiva de que, para a realização de despesas, é necessário haver receitas. O Sistema Nacional de Saúde de Portugal precisou então ser alterado.

Com a realização de uma Revisão Constitucional, em 1989, o dispositivo restou modificado, passando a ter a seguinte redação: Artigo 64.º. Saúde. 1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover. 2. O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, **tendencialmente gratuito**; (...)

Tanto em Portugal, como em outros países da Europa, os sistemas de saúde são subsidiados mediante partilha de custos entre o Estado e o cidadão. Além de conferirem sustentabilidade ao sistema, as taxas pagas por usuários servem também para filtrar a demanda dos serviços pretendidos, de maneira que só se forneça a prestação de saúde a quem efetivamente precisa e na medida da necessidade apresentada.

De acordo com a pesquisadora Eleonor Minho Conill (2006), na Suécia e na Holanda, também há um serviço nacional de saúde, de caráter universal, mas alguns prestações de saúde são arcadas pelos cidadãos através de taxas, a exemplo de consultas, cuidados primários, medicamentos e internações.

No Canadá, existe um Seguro Nacional de Saúde, cujo financiamento é maciçamente público, havendo um limite na prestação dos serviços de saúde. Caso o usuário venha a necessitar de prestações que superem o teto de serviços, há necessidade de contraprestação. Muitos optam por firmar seguros privados.

Na Espanha, onde existe um Serviço Nacional de Saúde e não há pagamento de qualquer contraprestação pelo cidadão, durante mais de 30 anos houve avanços para a sociedade espanhola. Todavia, o sistema hoje já apresenta deficiências conforme foi apontado na Conferência “A Crise Econômica Europeia e as Repercussões nos Sistemas de Saúde: o caso da Espanha”, organizada pela Faculdade de Saúde Pública da USP e ministrada pelo Professor Luis Andres Lopez Fernandez, da Escola *Andaluza de Salud Publica/Espanha*⁸³. O serviços têm se tornado precários, com aumento da carga horária e diminuição de pagamento para os profissionais de saúde.

Há outras formas de financiamento do sistema de saúde.

Na Alemanha, existe a obrigatoriedade de se contratar um seguro social de saúde, sendo este inclusive um requisito para que estrangeiros obtenham o visto de entrada no país. Ainda assim, os utentes acima de 18 anos são obrigados a arcar com taxas extras de €10 (10 euros) para os profissionais de saúde.

Na França, o sistema de saúde também não é gratuito. A obtenção de benefícios depende de vínculo de trabalho ou de filiação a seguros sociais, mediante contribuições obrigatórias pagas por empresas e trabalhadores. Ainda assim, na utilização, os usuários arcam com valores nas consultas e medicamentos⁸⁴.

O que se pretende demonstrar, longe de exaurir o tema, é que a tendência entre os países da Europa é no sentido de que haja também o pagamento de taxas moderadoras pelo paciente e sua família em decorrência dos serviços utilizados. E isso ocorre tanto em países

⁸³ USP. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo/FSP. Disponível em <<http://www.fsp.usp.br/site/noticias/mostrar/2707>>. Acesso em 20 de dez de 2013.

⁸⁴ Entidade Reguladora da Saúde. *O Novo Regime Jurídico das Taxas Moderadoras*. Junho de 2013, Disponível em <https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/892/Estudo_Taxas_Moderadoras.pdf> Acesso em 20 de dezembro de 2013.

que dispõem de um sistema nacional de saúde pública (a exemplo do Brasil), como naqueles em que o sistema está centrado na contratação obrigatória de um seguro social.

Reformas no financiamento da saúde pública e ações administrativas precisam ser feitas. Se não há ainda clima político e social para alterações mais substanciais, que levem a uma transformação do atual modelo de proteção social (deixar de ser do tipo seguridade social para passar a ser da espécie de seguro social), pelo menos há de se reconhecer que apenas o Estado arcando com as despesas não será suficiente para manter a sustentabilidade do Sistema Único de Saúde.

É fato que não se pode cair no equívoco e imaginar que a eficiência de um sistema de saúde se limita a discutir apenas receitas e despesas. Eleonor Minho Conill, com muita propriedade, enfatiza (2006, p. 566):

“...um sistema de saúde é uma combinação de quatro componentes fundamentais: recursos, organização, financiamento e gestão, os quais culminam com a prestação de serviços em resposta às necessidades da população”.

Mas não seria a hora de o Brasil amadurecer e tomar iniciativas que efetivamente procurem superar a crise que afeta a Saúde Pública?

Este estudo está a anos-luz de esgotar a matéria e apresentar a solução para o complexo sistema de saúde brasileiro. No máximo, pretende-se contribuir para o debate, pois o certo é que, considerando a situação hoje vivida no Brasil, as demandas envolvendo a judicialização da saúde crescerão ano a ano, num ambiente em que a tônica de toda discussão, e ainda assim de forma pontual, terá como objeto dois temas: o risco de vida dos cidadãos enfermos individualizados *versus* o necessário planejamento para se obter uma política pública de saúde sustentável.

A saúde pública no país precisa ser submetida a profundas e constantes discussões acerca da sua concretização, cabendo aos administradores e à sociedade, com os pés no chão e livre de preconceitos muitas vezes de origem ideológica, a busca de soluções que tornem efetivo o texto constitucional.

Somente com coragem política e discernimento formado a partir do conhecimento da realidade jurídica e fática que envolve o Sistema de Saúde Pública, será possível, mediante políticas públicas eficientes, realizar as necessárias reformas que assegurem a saúde como direito de todos, pretensão esta manifestada pelo Poder Constituinte Originário em 1988.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>, acesso em 17 de setembro de 2013.

ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Col. Nal. Registradores Propiedad y Mercantiles, 2004.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDREATA FILHO, Daniel Ricardo. ZENNI, Alessandro Severino Valler. **A (Re)construção da dignidade humana e do direito em perspectiva interdisciplinar na contemporaneidade**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas. Parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008.

_____. **“Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas”**. In Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais, NOVELINO, Marcelo (Org.), Salvador: Juspodivm, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>, acesso em 12 de junho de 2013, versão provisória para debate público.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Temas de Direito Constitucional, Tomo IV, 2009.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**. In **Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico**. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Duzentos anos de jurisdição constitucional: as lições de Marbury v. Madison, In **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais. In Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha. Teoria da Constituição, Direitos Fundamentais e Jurisdição**. BONAVIDES, Paulo, MORAES, Germana, ROSAS, Roberto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n 31, de 30 de março de 2010. Disponível em <www.cnj.jus.br>. Acesso em 10 novembro de 2013.

BRASIL. Constituição Federal outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 junho de 2013.

BRASIL. Constituição Federal outorgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 de junho de 2013.

BRASIL. Constituição Federal promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 junho de 2013.

BRASIL. Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 de junho de 2013.

BRASIL. Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Disponível em <<http://www.fsp.usp.br/site/noticias/mostrar/2707>>. Acesso em 20 de dez de 2013.

BRASIL. Lei Complementar Federal nº 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Lei Federal nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 de outubro de 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=35490>. Acesso em 22 de julho de 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. Intervenção Judicial na Saúde Pública – Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. Dados disponíveis em <<http://portalsaude.saude.gov.br>>. Acesso em 17 de julho de 2013.

BRASIL. Rio Grande do Sul. Lei Estadual nº 9.908, de 16 de junho de 1993. Disponível em <www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id331.htm> Acesso em 22 de setembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 59. DJE de 28.02.2005. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 26 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 81. DJE de 29.08.2005. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 909.927. DJE de 27.02.2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 248358. DJ de 23.04.2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 25 de setembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.053.810. DJE de 15.03.2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.245.812. DJE de 01.09.2011. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.330.352. DJE de 29.05.2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 11 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.622. DJ de 27.02.2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 25 de setembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.349.155. DJ de 20.05.2013. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 25 de setembro de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 183.719. DJE de 13.10.2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 493.811. DJE de 15.03.2004. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 768.118. DJE de 19.06.2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 784.241. DJE de 23.04.2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 811.608. DJE de 04.06.2007. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564. DJ de 17.06.2006. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33.620. DJe 19.12.2011. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855. DJE nº 59, de 26.03.2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112. DJE de 26.10.2007. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. DJE nº 96, de 25.05.2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 809.018. DJE nº 199, de 09.10.2012. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 685.230. DJ de 24.11.2000. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 639.337. DJ nº 177, de 15.09.2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 741.537. DJE nº 94, de 17.05.2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 654.049. DJE nº 49, de 13.03.2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 650.788. DJE nº 226, de 28.11.2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. DJ de 04.05.2004. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública: saúde**. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 271.286-8. DJ de 24.11.2000. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 368.564-3. DJ nº 153, de 09.08.2000. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 639.260. DJE nº 117, de 17.06.2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 716.777. DJE nº 91, de 16.05.2013. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 3205. DJU de 08.06.2007. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 3429. DJE nº 18, de 31.01.2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 59. DJE de 03.02.2006. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. DJE nº 76, de 29.04.2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 268. DJE nº 204, de 29.10.2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 223. DJE nº 49, de 17.03.2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 03 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 198. DJE nº 22, de 02.02.2009. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 228. DJE nº 199, de 20.10.2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 de julho de 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** *In Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*, BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **O orçamento e a ‘Reserva do Possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.* Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra, Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação.** A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional:** teoria do estado e da constituição – direito constitucional positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.** Niterói: Impetus, 2010.

CLÈVE, Clémerson Mérlin. **O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos Fundamentais.** In **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais:** SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na constituição, In: CLÈVE, Clémerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.). Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional., Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO NETO, Ubirajara. **Direito constitucional previdenciário. Princípios e evolução no direito brasileiro.** Palmas: Edição do Autor, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 138, abr./jun. 1998.

CONNIL, Eleanor Minho. **Sistemas comparados de saúde.** In CAMPOS, Gastão Wagner de Souza *et al* (org.) Tratado de saúde coletiva. São Paulo: HUCITEC, Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público.** São Paulo: Saraiva, 2008.

DERANI, Cristiane. **Política pública e norma pública.** In **Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico,** BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução e Notas Néilson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002,

ENTERRIA, Eduardo Garcia de, **Constituição como norma.** In: CLÈVE, Clémerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.). Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ESPANHA, Constituição Espanhola de 1978. Disponível em < <http://www.boe.es>> Acesso em 17 de setembro de 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Declaração de direitos do bom povo de Virgínia, 1776, Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> > Acesso em: 20 de junho de 2013.

FEIJÓ, Anamaria. **A dignidade e o animal não-humano**. In MOLINARO, Carlos Alberto et al (org.). A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 142.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O papel político do judiciário e suas implicações**. Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas – Ano 1, n. 2, 2009.

_____. **Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça**. In: Revista de Direito Administrativo, nº 198, out./dez. 1994.

FERREIRA, Pinto, **Comentários à constituição brasileira**, Vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**, 1789, Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> > Acesso em: 20 de junho de 2013.

GALDINO, Flávio. **Introdução À Teoria dos Custos dos Direitos - Direitos Não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença – Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**. Esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros 2000.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

HAGE, Jorge. **Omissão Inconstitucional e direitos subjetivos**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição**. Trad.: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

JACOB, Carlos Augusto Alckmin. **A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas. Concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, trad. Paulo Quintela, Lisboa: Edições Almedina, 2004.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144, Brasília, out-dez/1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

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

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**, In: *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. Os Pensadores. São Paulo: Victor Civita Editor, 1978.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da “reserva do possível”**. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, João Carlos. **Direito à (proteção) da saúde**. In: Revista da Defensoria Pública. Edição Especial Temática sobre o Direito à Saúde. Escola da Defensoria Pública do Estado do Estado de São Paulo, 2008.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Fundamentos Constitucionais do processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAURÍCIO JR., Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. **Jurisdição constitucional exercida pelas cortes constitucionais**. Sua importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito, Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **O caráter normativo dos princípios jurídicos**, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 167 jul./set. 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**, São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

_____. **O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana**. In NOVELINO, Marcelo (Org.), *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais - efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU (Nova York, EUA). **Declaração universal de Direitos humanos**, 1948. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm > Acesso em: 20 de junho de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU (Nova York, EUA). **Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais**, 1966, Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm > Acesso em: 22 de agosto de 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS (Genebra/Suíça). **Estadísticas sanitarias mundiales**, 2011. Disponível em: < http://www.who.int/whosis/whostat/ES_WHS2011_Full.pdf > Acesso em: 20 de dezembro de 2013.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PICON, Paulo Dorneles. **Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: a evidência científica na prática do Sistema Único de Saúde**. In: *Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional*, Brasília: CONASS, 2004.

PIOVESAN, Flávia C. **Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais**. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 37, junho de 1992.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos fundamentais sociais. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>, acesso em 17 de setembro de 2013.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 509/2002. Disponível em < <http://dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=dr&cap=1-1200&doc=20030406%20&v02=&v01=2&v03=1900-01-01&v04=3000-12-21&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11=Ac%F3rd%E3o&v12=509/2002&v13=&v14=&v15=&sort=0&submit=Pesquisar>> Acesso em 20 de dezembro de 2013, acesso em 28 de agosto de 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. **Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Brasília, n. 131, p. 283- 295, jul./set. 1996, p. 285.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Quando o judiciário ultrapassa seus Limites Constitucionais e Institucionais. O caso da saúde**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (org.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Coord.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação de categorias de proibição e excesso e de insuficiência em matéria criminal**. In GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SHUE, Henry, **Basic rights**. In: GOODIN, Robert E., PETTIT (Ed.). *Contemporary Political Philosophy. An Anthology*, Australia: Blachwell Publishing, 2006.

SILVA, Lucas Gonçalves da. **Comentários de los artículos 3 a 11 de la DUDH**. In: SOSA, Guillermina Leontina (Coord.). *Tratado de Los Tratados Internacionales, Tomo II*. Buenos Aires: La Ley, 2011.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares**. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional à liberdade religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CONTIPELLI, Ernani. **Direitos humanos econômicos na perspectiva da solidariedade: desenvolvimento integral**. In: XVI Encontro Nacional CONPEDI, 2008, Salvador - BA. *Anais XVI Encontro Nacional do CONPEDI, 2008 (CD-ROM)*.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil**. In: **A constitucionalização do direito: a constituição como locus da hermenêutica jurídica**, ANDRADE, Andre Gustavo Corrêa (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAVARES, André Ramos. **A superação da doutrina tripartite dos "Poderes" do Estado**. In: CLÈVE, Clémerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Os princípios fundamentais na constituição de 1988: estudo de sua evolução em 20 anos.** In: MARTINS, Ives Gandra, REZEK, Francisco (org.). Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais : Centro de Extensão Universitária, 2008.

TORRES. Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais.** Revista de Direito da Procuradoria-Geral, Rio de Janeiro, n° 42, 1990.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF.** In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.